InDret

Revista para el análisis del derecho

2.21

-

Abril de 2021

Sumario 2.21

Editoriales

-
Por una regulación general del fideicomiso* inter vivos *y de la fiducia expresa en el derecho español
Pablo Salvador Coderch i-iv
-
El hurto de alimentos caducados ante el Bundestag
Jesús-María Silva-Sánchez v-viii
-
¿Es legítima la difusión del agresor condenado? A propósito de la STS 25/2021 de 25 de enero
Elena Larrauri ix-xii
-

Derecho privado

-
Las creaciones publicitarias protegibles mediante derecho de autor: propuestas creativas, conceptos publicitarios, creatividades e ideas publicitarias
José Massaguer 1-24
-
Una visión panorámica de la regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en el texto refundido de la Ley Concursal y en la Directiva (UE) 2019/1023
Rubén de los Bueis Castañares 25-50
-

Derecho Penal

-
El legado de Gustav Radbruch para la dogmática jurídico-penal
Nuria Pastor Muñoz 51-85
-
La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?
Jorge Correcher Mira 86-149
-
La graduación de la intervención delictiva
Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho [Tatprägung]
Hernán Darío Orozco López 150-194
-

Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena
Gonzalo Basso 195-249
-

Criminología

-
Mitos y realidades en la crítica al discurso feminista sobre la violencia en pareja
La importancia del género en la violencia contra la pareja en Cataluña
Jorge Rodríguez Menes y Fernando Ruiz-Vallejo 250-278
-
Explorando los límites de la disuasión
Un meta-análisis doble sobre la influencia del castigo en el cumplimiento de las normas de propiedad intelectual en Internet
Javier Castro Toledo 279-300
-

Derecho público y regulatorio

-
La extensión a terceros de la cosa juzgada positiva de la resolución prejudicial civil
Núria Reynal Querol 301-320
-
La tutela de las garantías internacionales del sistema de Ciudad del Cabo en el ordenamiento jurídico español
Balance del cumplimiento de las obligaciones procesales de España con el Convenio de Ciudad del Cabo
Irene Nadal Gómez 321-363
-

Actualidad

-
Procurement of Covid-19 vaccines: why were legal liabilities transferred to the public sector?
Jean-Sébastien Borghetti, Duncan Fairgrieve, Richard Goldberg, Geraint Howells, Piotr Machnikowski, Marcus Pilgerstorfer, Eleonora Rajneri, Peter Rott, Marta Santos Silva, Vibe Ulfbeck 364-366
-
Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (desembre de 2020 – febrer de 2021)
Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 22 i 23 de desembre de 2020 i 4 de febrer de 2021
Miriam Anderson 367-382
-

Naturaleza y régimen jurídico de las criptomonedas
Ernesto Alejandro Suárez Puga 383-396
-
Revista Crítica de Jurisprudencia Penal
Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallés 397-431
-
Crisis, delincuencia y penalidad
José Á. Brandariz e Ignacio González Sánchez 432-453
-

Recensiones

-
La constitución del arbitraje
Víctor Ferreres Comella,* The Constitution of Arbitration, *Cambridge University Press, Cambridge, 2021, 220 páginas
Pablo Salvador Coderch 454-457
-
El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital
Esther Arroyo Amayuelas y Sergio Cámara Lapuente (dirs.), Marcial Pons, 2020, 526 páginas
Gabriel Macanás 458-464
-
ExLibris
Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz 465-484
-

InDret
2.2021

Editorial

Por una regulación general del fideicomiso inter vivos *y de la fiducia expresa en el derecho español*

-

El negocio y la propiedad fiduciarios expresos y formalmente constituidos no están regulados con carácter general en el derecho español. En estas líneas se propone su regulación expresa, con independencia de toda relación con los negocios simulados o indirectos, es decir, con referencia explícita a la causa de la fiducia, constitutiva de una titularidad formal, de gestión o garantía.

Sí se admite en derecho español la figura del negocio fiduciario, con *causa fiduciae*, pero al no exigirse constitución formal y expresa, la figura misma no acaba de desembarazarse del entorno de los negocios jurídicos anómalos, simulados e indirectos, ni, por lo tanto, de la sombra del posible fraude de derechos de terceros y, en particular, de la Hacienda Pública. En estas páginas se propone la regulación formal de la fiducia expresa: para su validez, las fiducias deberán ser expresas y formalmente constituidas en escritura pública, *forma ad solemnitatem*.

Siguiendo la experiencia francesa de 2007, es defendible la exclusión de la causa gratuita en la fiducia: a efectos del art. 1911 del Código Civil, la constitución de un patrimonio separado y que no ha de responder por deudas del constituyente posteriores a la fiducia puede justificar la necesaria onerosidad del negocio constitutivo de la fiducia. Parecidamente y a ejemplo de legislaciones comparadas muy próximas a la nuestra, la posición jurídica de fiduciario podría reservarse a entidades financieras, compañías de seguros y profesionales del derecho colegiados.

Finalmente, la fiducia de gestión debe diferenciarse claramente de la fiducia de financiación o garantía, esta última muy problemática en el derecho del art. 1859 del Código Civil español.

En el fideicomiso *inter vivos*, el fideicomitente, persona física o jurídica, dispone de bienes de su propiedad a favor de un propietario fiduciario, quien habrá de administrarlos y, en su caso, disponer de ellos, en beneficio de una o varias personas beneficiarias, durante un tiempo limitado por el título de constitución dentro del máximo determinado por la ley.

El fideicomiso constituye un patrimonio de afectación, separado y distinto del patrimonio del fiduciario, no responde por las deudas anteriores de este y, en la propuesta que aquí se formula, habría de ser de constitución expresa y formal, en escritura pública. Al igual que en el caso de la fiducia es defendible la exigencia de causa onerosa.

Para gozar, además, de personalidad jurídica, en esta editorial se propone que el fideicomiso habría de poder constituirse como una fundación de interés particular o familiar, pero temporal. A ello se oponen obstáculos de nota, pero ninguno es de naturaleza constitucional: la regulabilidad del fideicomiso inter vivos, entendido como fundación de interés particular, no está prohibida por el derecho español, no hay una prohibición constitucional de su constitución. Es cierto que la legislación actualmente vigente en materia de fundaciones prohíbe la constitución de fundaciones de interés particular o familiar, pero incluso y como veremos tal legislación reconoce una salvedad de nota. Una cosa es que el derecho vigente excluya, *de lege lata*, las fundaciones de interés particular o familiar; otra que ello sea así *de lege ferenda*.

En efecto, en el derecho español, el art. 34 de la Constitución Española reconoce "el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley". Luego la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, establece que las "fundaciones deberán perseguir fines de interés general" (art. 3.1), añadiendo que "[n] ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general" (art. 3.3).

Pero, con independencia del *nomen* "fundación", no hay ninguna buena razón para excluir la regulabilidad del fideicomiso inter vivos, con personalidad jurídica. El derecho español regula las fundaciones para fines de interés general, pero no prohíbe la constitución de fideicomisos *inter vivos*, ni por supuesto la de fundaciones en sentido estricto – de interés general- cuyo patrimonio incluya la propiedad de acciones o participaciones en compañías mercantiles. En todo caso, la exclusión histórica de las fundaciones de interés particular no obedece a razones de orden público, como pone de manifiesto la circunstancia de que el derecho español no rechaza la constitución de tales fundaciones de interés particular, de acuerdo con, por ejemplo, el sistema legal de un ordenamiento nacional de un Estado miembro de la Unión Europea que así lo haga.

Un ejemplo de referencia es un tipo de fundación holandesa, la *Stichting Administratienkantoor* (STAK), en inglés "*Trust Foundation*". Cumpliendo sus requisitos legales, la fundación es un instrumento utilizado para separar el control de los beneficios financieros, permite la planificación multigeneracional de compañías familiares y provee una alternativa civil al *trust* del *Common Law*. El derecho civil holandés de fundaciones (arts. 2:285 del Código Civil holandés y concordantes) permite la constitución de una fundación cuya finalidad sea la tenencia, gestión y disposición de activos en interés de terceros, que no sean los fundadores, o los miembros de sus órganos de administración o control.

A veces, la doctrina no parte de la base de que las fundaciones de interés particular no están reguladas en el derecho español, sino de que no son regulables, es decir, que están prohibidas, pero no es así, pues ni son contrarias al orden público, ni el derecho español desconoce patrimonios separados, ni patrimonios personificados de acuerdo con un sistema jurídico que os acoja, ni, incluso, desconoce salvedades a la exigencia legal de perseguir fines de interés general

y en beneficio de colectividades genéricas de personas. Ocurre, ciertamente, que el art. 3.3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones dice que "[e]n ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador, a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general", pero inmediatamente el siguiente apartado 4 del mismo art. 3 establece un caso en el cual sí podrán constituirse tales fundaciones: aquel en el cual "la finalidad exclusiva o principal sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español". En todo caso, en este texto se propugna *de lege ferenda* la ampliación a los negocios *inter vivos* de las alternativas que el derecho sucesorio reconoce en materia de sustituciones fideicomisarias, aunque siempre con una duración limitada.

Exigencias de transparencia, de constitución expresa y formal, de aplicación rigurosa de las disposiciones aplicables a la fiducia en el derecho tributario español deberían bastar para alejar la sospecha de fraude a terceros. Asimismo, un adecuado tratamiento tributario de la figura descartaría el fraude a un tercero cualificado, la Hacienda Pública.

Sin embargo, una regulación futura del fideicomiso *inter vivos* habría de partir de una paralela regulación general de la fiducia, de la propiedad fiduciaria.

A diferencia del derecho de propiedad, que es derecho naturalmente perpetuo, la fiducia es temporal. Pero, a diferencia también del mandato representativo, que es instrumental y suele ser naturalmente constituido para la realización de uno o más actos o negocios jurídicos concretos, la fiducia establece una posición jurídica subjetiva formal y duradera. Dos contenidos posibles y muy básicos son la fiducia de gestión (*Verwaltungstreuhand*), en cuya virtud, el fiduciario gestiona los bienes fiduciarios en beneficio del fiduciante o de terceros, y la fiducia de seguridad o garantía (*Sicherungstreuhand*), por la cual, "se transmite al acreedor la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho mediante una forma eficaz frente a terceros y, cumplida la obligación garantizada, el transmitente podrá exigir del fiduciario la retransmisión de la propiedad o del derecho cedido" (Ley 466 de la Compilación Navarra), (Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2. Aufl. Mohr, Siebeck, Tübingen, 2006, n 1312, pp. 499 y ss.).

La prohibición del pacto comisorio en el art. 1859 del Código Civil español obsta claramente a la venta en garantía; no, en cambio, a aquella que tiene lugar tras la concesión del crédito. A la venta se asimila la concesión de una opción de compra, pero no necesariamente la constitución de un derecho de tanteo o retracto a favor del acreedor para el caso en que el deudor resuelva vender a un tercero.

En la mayor parte de los ordenamientos latinoamericanos, la figura del fideicomiso, como trasunto del *trust*, es ampliamente conocida y regulada. Por ejemplo, en el derecho argentino, la Ley 24.441, de 22 de diciembre de 1994, de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, estableció que "habrá fideicomiso cuando una persona fiduciante transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario". El contrato establece un patrimonio de afectación, sin personalidad jurídica por una duración no superior a treinta años. Esta regulación, con algunos cambios, pasó a integrar los arts. 1666 a 1700 del Código Civil y Comercial de la Nación, en vigor desde 1 de agosto de 2015. Véanse además el art. 733 del

ejemplar Código Civil de Chile o, para México, el art. 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de la Federación, de 27 de agosto de 1932, última actualización, 1.3.2021, o los artículos 794 y ss. del Código Civil de Colombia.

Urge un modelo regulatorio general, pero expreso, de la fiducia. El derecho español es, en este punto, una anomalía: no hay ninguna buena razón para que el derecho español sea uno de los pocos ordenamientos europeos continentales que carezcan de una regulación genérica de la fiducia y de sus efectos. La fiducia está regulada en sistemas tan próximos al nuestro como el francés o el italiano. Y no la hay porque se pierde sin ella una institución que, razonablemente regulada, permite alcanzar finalidades merecedoras de tutela legal y evitar los riesgos, tradicionalmente asociados a esta figura, de fraude derechos de terceros.

En esta editorial, así como en trabajos posteriores ahora en curso de elaboración, se propone regular la posibilidad de que una persona física o jurídica, el fiduciante, constituya formal y expresamente -en escritura pública- y de acuerdo con otra u otras, como fiduciarios, un patrimonio separado en propiedad temporal de estos últimos y en interés, al menos parcialmente, del fiduciante mismo o de una o varias terceras personas como beneficiarios. No se excluye el que la fiducia sea también constituida en interés parcial del fiduciario, pero sí que lo sea en el suyo exclusivo. No se contempla la constitución de un patrimonio fiduciario por acto o negocio unilateral *inter vivos*. Pero todo es opinable, aquí.

Una solución razonable es establecer en el Código Civil una regulación típica de la fiducia, formalmente constituida, transparente y normativamente delimitada en sus efectos. Un modelo próximo, históricamente muy cercano lo ofrece el *Code Civil Français*, el cual acogió la fiducia en 2007 (art. 2011 en relación con art. 2016). Por su parte, otro modelo también muy cercano al nuestro, el art. 2645-ter del *Codice Civile Italiano* prevé la transcripción de los actos y negocios en forma pública por los cuales bienes inmuebles o bienes muebles inscritos en registros públicos son destinados, por una duración no superior a 90 años o durante la vida de una persona física beneficiaria, a la realización de intereses merecedores de tutela referidas a personas con discapacidad, administraciones públicas u otros entes y personas físicas en el sentido del art. 1322, segundo párrafo, a fin de permitir la oponibilidad a terceros del vínculo de la destinación. Los bienes afectados únicamente pueden ser empleados en la realización de la finalidad prevista y pueden ser objeto de ejecución únicamente por las deudas contraídas con tal finalidad.

Es tiempo de remediar una anomalía del derecho privado español: la falta de regulación general del fideicomiso *inter vivos* y de la fiducia expresa.

Pablo Salvador Coderch

InDret
2.2021

Editorial

El hurto de alimentos caducados ante el Bundestag

La absolutización de la propiedad privada es contraria a una *Res publica* de ciudadanos. Difícilmente se podrá discrepar del contenido de esta frase, que cabe hallar tanto en las formulaciones clásicas de la Escolástica española, como en las doctrinas contemporáneas relativas a los deberes de solidaridad. Entre unas y otras posiciones, algo similar escribió Karl MARX. En el caso del joven MARX, el contexto de la frase fue la promulgación en la Dieta de Renania de una ley que calificaba como delito la práctica consuetudinaria de sustracción de la leña caída de los árboles. Con ello se pretendía modificar el estatus jurídico establecido en la *Constitutio Criminalis Carolina,* en cuya virtud sólo constituían hurto de leña la tala furtiva de ramas de los árboles y la sustracción de la madera previamente cortada por el propietario. En las páginas de la "Gaceta Renana" de 1842, MARX se opone a ello de modo vehemente, acogiendo – por cierto – una visión claramente hegeliana del Derecho penal.

Dos siglos después, no se trata de la Dieta de Renania, sino del *Bundestag*. Y no se discute sobre el hurto de la leña caída, sino sobre el hurto de yogures – es un decir – caducados. Con el neologismo *Containern* se designa en alemán la conducta consistente en apoderarse de los productos alimenticios caducados o deteriorados que desechan los supermercados. Estos suelen depositarse en contenedores, muchas veces ubicados en los estacionamientos de esos centros comerciales, a la espera de que las empresas de gestión de residuos los retiren. Pues bien, en el actual período de sesiones del *Bundestag*,[1] el grupo parlamentario "*Die Linke"* (La Izquierda) presentó una moción con el fin de que la referida cámara baja instara al gobierno federal a preparar un proyecto de ley de despenalización del *Containern*. La sesión pública de debate sobre esta cuestión, en el seno de la Comisión de Derecho y protección de los consumidores, se celebró el pasado 10 de diciembre de 2020. En ella tuvo lugar la audiencia de expertos, entre los cuales se contó con varios catedráticos de Derecho penal.[2] Estos, mayoritariamente, se opusieron a cualquier reforma despenalizadora. Con todo, el pasado

[1] Deutscher Bundestag, 19. Wahlperiode, Drucksache 19/9345 (11 de abril de 2019).

[2] Deutscher Bundestag, 19. Wahlperiode, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz Protokoll-Nr. 19/120. Los invitados fueron Thomas Fischer, Michael Kubiciel, Anja Schiemann y Annika Dießner.

27 de enero el Grupo Parlamentario "*Bündnis 90/Die Grünen"* (Los Verdes) presentó otra moción que se sumaba a la de "*Die Linke"*. En ella, Los Verdes constataban "la contradicción moral y jurídica existente entre la lucha contra el desperdicio de alimentos, por un lado, y la criminalización del *Containern*, por el otro". Con base en esto, solicitaban de nuevo que el *Bundestag* inste al gobierno federal alemán a que presente un proyecto de ley de despenalización.[3] Ciertamente, esta ley no se debería encaminar a declarar lícita la conducta, sino sólo "exenta de pena" (*straffrei*) o en todo caso, a que se prescinda de la pena (*Absehen von Strafe*) en los casos en que deba ser juzgada. Entretanto, tendrían que unificarse los criterios de las fiscalías para que en los casos de hurto de productos de los contenedores de basura se proceda al sobreseimiento por insignificancia o por falta de interés público en la persecución.

¿Cómo se llegó a esto? En realidad, el fenómeno es universal. Mendigos, necesitados, personas que practican modos alternativos de vida o, en fin, activistas contra el desperdicio de alimentos suelen realizar conductas de *Containern*. Es decir, se apoderan de productos alimenticios que desechan los supermercados por haber superado el plazo de caducidad o tener alguna clase de deterioro formal o material. Este fenómeno, que se da en mayor o menor medida en todos los países, coincide con la conciencia generalizada de que no es posible proseguir con el ritmo de despilfarro de comida en el mundo desarrollado. Ese derroche desmedido contrasta de modo obsceno con el hambre que sufren personas de sectores sociales desfavorecidos de ese mismo primer mundo, así como obviamente en las naciones en vías de desarrollo.

El caso es que el 4 de junio 2018 dos estudiantes universitarias de Olching (muy cerca de Múnich) se apoderaron de productos caducados o deteriorados por importe de unos cien euros. Estos se hallaban en un contenedor de basura del estacionamiento de un supermercado de la conocida – en Alemania – cadena Edeka-Markt. El Juzgado penal de Fürstenfeldbruck, en su sentencia de 30 de enero de 2019,[4] les impuso una "amonestación con reserva de pena" (*Verwarnung mit Strafvorbehalt*). Esto significa que: (i) las declaró culpables de un hurto; (ii) determinó la pena imponible en una multa de quince cuotas de 15 euros; (iii) suspendió la imposición efectiva de la condena durante dos años; y (iv) estableció el cumplimiento de ocho horas de trabajo social como condición de la suspensión (§ 59 StGB). Ello es posible en el Derecho penal alemán cuando hay razones para pensar que no se delinquirá en el futuro, la valoración del hecho y de la persona del delincuente hace prescindible la imposición de la condena y, en fin, esta tampoco es necesaria para el mantenimiento del ordenamiento jurídico. En su sentencia de 2 de octubre de 2019, el Tribunal Superior de Baviera desestimó la apelación interpuesta por las "condenadas" contra aquella resolución.[5] La doctrina, por su parte, no valoró negativamente las sentencias dictadas, sino todo lo contrario.[6] El itinerario jurídico del caso finalizó cuando el Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia de 5 de agosto de 2020, desestimó el recurso de amparo interpuesto por las dos estudiantes.[7] A su juicio, la condena no vulneró el principio de legalidad. Por un lado, la interpretación accesoria-formal del delito de hurto, orientada a los conceptos jurídico-civiles del derecho de propiedad, resulta legítima desde el punto de vista constitucional. Por otro lado, ni

---

[3] Deutscher Bundestag. 19. Wahlperiode. Drucksache 19/26236 (27 de enero de 2021).

[4] Entsch. v. 30.01.2019, Az. 3 Cs 42 Js 26676/18.

[5] BayObLG, Beschl. v. 02.10.2019, Az. 206 StRR 1013/19 y 206 StRR 1015/19.

[6] Puede hallarse un resumen en SCHIEMANN, «Containern – Strafbar aber nicht strafwürdig?», *KriPoZ*, (4), 2019, pp. 231 ss.; RENNICKE, «Zur strafrechtlichen Behandlung des Containerns de lege lata und de lege ferenda», *ZIS*, (7-8), 2020, pp. 343 ss.

[7] BVerfG, Beschl. v. 05.08. 2020 - 2 BvR 1985/19.

el principio de proporcionalidad ni el de *ultima ratio* se oponen a la condena de las acusadas en el caso. La legislación ya dispone de medios para atender a la menor culpabilidad – injusto y culpabilidad de bagatela – que se da en supuestos como el enjuiciado y los tribunales se han servido de ellos. En definitiva, la cuestión pertenece al ámbito de la política criminal del legislador ordinario, en la que este goza de un amplio espacio de libertad.

La doctrina jurídico-penal alemana es prácticamente unánime en estimar que los alimentos caducados que se hallan en los contenedores de basura de los supermercados son "cosa ajena" para el que se apodera de ellos. Es decir, no se pueden considerar cosa de nadie (*res nullius*), ni tampoco cosa abandonada por su dueño (*res derelicta*). Por lo demás, el valor de mercado que puedan tener es irrelevante, porque el delito de hurto no protege el patrimonio, sino la propiedad. El dueño, en fin, puede hacer con su cosa lo que quiera. Así pues, no es incompatible tenerla como basura para que la retire una empresa gestora de residuos y oponerse a que cualquier otro sujeto se apodere de ella, aunque sea para alimentarse o entregarla a entidades caritativas. La doctrina es asimismo unánime en afirmar que se hace necesario establecer un procedimiento para que esos alimentos – caducados o con deterioros formales – de los supermercados puedan e incluso deban ser canalizados para su aprovechamiento por parte de quienes los necesitan. Ello requiere reformas civiles y administrativo-tributarias, para evitar posibles demandas por daños derivados de los productos, así como para establecer exenciones fiscales en tales transmisiones.

El problema es que, sentado lo anterior, la doctrina se acaba instalando en una contradicción valorativa. Por un lado, "simpatiza" con la conducta de las acusadas, en la medida en que admite que esta contribuye a sensibilizar a la población sobre un problema que aqueja a las sociedades consumistas de occidente. Por otro lado, sin embargo, sigue manteniendo que su conducta constituye un hecho penalmente antijurídico, culpable y punible. Se trata de una conducta, en suma, socialmente loable… pero jurídicamente punible. Esto desplaza la solución a la "puerta de atrás" de la reforma del sobreseimiento por aplicación del principio de oportunidad. Es decir, a la insignificancia y a la falta de interés público en la persecución. Sostiene que se trata de ampliar los supuestos de estas instituciones procesales para que todos los casos de *Containern* quepan en ellos, así como de unificar los criterios del Ministerio Público para su aplicación. Pues bien, ahora no pretendo discutir las "soluciones procesales" de los problemas penales, que son un lugar común de nuestro tiempo y que ciertamente resultan tan eficientes como injustas. La cuestión es: ¿una persona que se apodera de alimentos caducados ajenos, aunque realice el tipo de hurto, obra de forma penalmente antijurídica y punible? ¿Cabe realizar a propósito de su conducta un "juicio ético-social de desvalor" penal, por usar la terminología del Tribunal Constitucional alemán? ¿Vulnera "valores elementales de la vida comunitaria", de nuevo con la terminología de ese alto tribunal?

Los activos tribunales penales alemanes del primer tercio del siglo XX resolvieron problemas más graves que estos mediante la dogmática jurídico-penal. Recurrieron no sólo a la denominada inexigibilidad, sino también a la construcción de causas de justificación como el estado de necesidad supralegal justificante. De este modo fundamentaron la exención de pena incluso de conductas que, como el aborto o las lesiones, vulneran un bien jurídico intrínseco. Pues bien, aquí no se trata de una lesión personal. Por el contrario, se trata de la afectación del derecho de propiedad de basura mediante una conducta que devuelve a un producto desechado su cualidad de alimento. Es decir, una conducta que "repersonaliza" una cosa abocada a la destrucción,

devolviéndole su conexión con lo humano. Si el sistema de la teoría del delito no dispusiera de un instrumento para excluir el injusto punible de este hecho, se mostraría como una bella construcción formal, pero incapaz de hacer justicia real.

Hay que discutir, de entrada, la posibilidad de que la conducta pueda considerarse "socialmente adecuada". Igualmente procede debatir su posible justificación. Por ejemplo, con base en un estado de necesidad que no tiene por qué limitarse al hurto famélico, o por el ejercicio de alguna forma de derecho de protesta. Sin embargo, la solución del caso seguramente no se halla ni en la atipicidad ni en las causas de justificación. Si la conducta de *Containern* fuera conforme a Derecho, habría que concluir que ni el propietario ni los agentes públicos pueden reaccionar lícitamente contra ella, ni siquiera de forma proporcionada. En efecto, no cabe actuar lícitamente contra una conducta lícita. Ciertamente, hay quien sostiene lo contrario. Sin embargo, eso es defender la posibilidad de una guerra (lícita) de todos contra todos, de la que el Derecho se inhibe. Justo lo contrario de la misión del Derecho, que es contribuir a la paz a través de la justicia.

Ahora bien, aun rechazada la posibilidad de la concurrencia de una causa de justificación, hay margen para afrontar el caso. Disponemos de la infraestudiada categoría de las causas de exclusión del injusto penal – o del injusto punible –. En ella deben incluirse los supuestos en que una clase de conductas, aunque típicas y antijurídicas, carecen de merecimiento (conmutativo) y de necesidad abstracta de pena.[8] Esta me parece una opción plausible. Por otro lado, en fin, hay que debatir si, pese a descartarse todo lo anterior, la imposición de penas al sujeto es distributivamente justa y necesaria, o no. Esta es la otra opción, la de la punibilidad *stricto sensu*. Las dos constituyen vías con fundamento teleológico, es decir, específicamente orientadas a lo propio de la pena como expresión de un gravísimo juicio de reproche sobre la conducta del agente y sobre el agente mismo. Pero es que es esto lo que, en última instancia, debe afrontar la teoría del delito. Ahí es donde se juega su destino, más allá de toda accesoriedad con respecto al Derecho privado o al Derecho público.

Jesús-María Silva Sánchez

[8] ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 194-195.

InDret
2.2021

Editorial

¿Es legítima la difusión de la identidad del agresor condenado? A propósito de la STS 25/2021 de 25 de enero.

-

La STS (Sala de lo Civil) 25/2021 de 25 de enero resuelve un recurso de casación a favor del Diario Información, que publicó la sentencia contra Luis Miguel en la que se le condena a cuatro años de cárcel por pegar y encerrar a su novia en un armario. En la edición digital de este periódico la demandada creó un fichero en el que se indican los datos personales del condenado. Luis Miguel interpone demanda por infracción del artículo 18.1 de la Constitución española, que garantiza el derecho al honor y la intimidad, en primera instancia, y posteriormente en apelación, siendo ambas desestimadas. El recurso de casación confirma que se está ante un conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información, prevaleciendo en este caso esta última.

Según la sentencia comentada la divulgación de la identidad de la persona condenada es posible en esencia siempre y cuando la información sea veraz (obligación de contrastar previamente la información, que no requiere por tanto exactitud total), no injuriosa (el periodista se limita a reproducir la sentencia, y por tanto sería un 'reportaje neutral') y de interés general o relevancia pública. Si bien en años anteriores la 'relevancia pública' se refería a un personaje público, en la actualidad este requisito se ha ampliado con lo que se denomina 'relevancia pública sobrevenida', la cual existirá siempre que hay un procedimiento penal con sentencia condenatoria, y muy especialmente si la condena es por violencia de género.

Esta sentencia, como alguna otra anterior (STS 547/2011), alude a la posibilidad de publicar el nombre del condenado por malos tratos, 'por ser un delito de gran relevancia social' 'y más en estos tiempos'. Parecería que solo en este delito, por la necesidad de sensibilizar a la población, se admitiría la publicación de la identidad del agresor. No obstante, en los precedentes que apunta esta sentencia, parece claro que también es admisible publicar los datos personales del condenado, por ejemplo, en los delitos de tráfico de drogas (STS 946/2008), lesiones (STS 948/2008), o asesinato (STS 585/2017). Finalmente, todos los delitos tienen su relevancia social y en este sentido, el criterio de la 'relevancia pública sobrevenida', autorizaría

a publicar el nombre de todas las personas condenadas, pues es precisamente la condena lo que otorga relevancia pública.

La sentencia comentada sigue la línea de una jurisprudencia reciente de afirmar la prevalencia de la libertad de información frente al derecho al honor y la intimidad para autorizar la publicidad de la identidad de la persona condenada[1], con el argumento fundamental de que se puede publicar la identidad pues la persona ha sido condenada. Sin embargo, hay una serie de consideraciones que me parece que se omiten y sobre las que voy a reflexionar en este breve comentario.

Hace un tiempo escribí (en coautoría) un artículo en el cual nos preguntamos: ¿Son las sentencias públicas? (JACOBS y LARRAURI, 2010). En este trabajo, contraponíamos la cultura jurídica más confidencial que rige en España[2] con la existente en Estados Unidos, más favorable a la publicidad. Y así detectamos que en una primera fase en España, a pesar de la dicción literal del art. 266 de la LOPJ ("Las sentencias, una vez extendidas y firmadas por el juez o por todos los Magistrados que las hubieren dictado, serán depositadas en la Oficina judicial y se permitirá a cualquier interesado el acceso al texto de las mismas"), no se permitía el acceso a las sentencias, a no ser que se pudiera demostrar ser parte interesada, lo cual se interpretaba de forma muy restrictiva por los tribunales.

La LO 19/2003 de 23 de diciembre introdujo un segundo párrafo al art. 266 LOPJ que enfatizaba la posibilidad de restringir el acceso al texto de las sentencias, "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 víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes".

Por último, la LO 7/2015 de 21 de junio, confirmó el acceso a las sentencias, pero una vez disociados de los datos personales (LARRAURI y ROVIRA, 2021).

> Artículo 235 bis de la LOPJ
>
> *(…) 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.*

[1] Hay otras problemáticas como la publicación de la identidad cuando la persona ha sido detenida, o incluso absuelta. En este comentario me limito a reflexionar sobre la publicación de la identidad de la persona condenada.

[2] 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', 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.

La publicidad de las sentencias no conlleva en consecuencia la publicidad de los datos personales. Si bien con una excepción, que se introdujo también en esta última ley:

> Artículo 235 ter de la LOPJ
>
> *1. Es público el acceso a los datos personales contenidos en los fallos de las sentencias firmes condenatorias, cuando se hubieren dictado en virtud de los delitos previstos en los siguientes artículos (...)*

Este artículo 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 consigna la totalidad de la cuantía correspondiente al perjuicio causado a la Hacienda Pública con anterioridad a la firmeza de la sentencia.

En consecuencia, si mi análisis es acertado, la situación en España es la siguiente: en opinión del legislador, sólo las sentencias contra la Hacienda Pública deben ser publicadas con los datos personales; no así en los otros casos, en los que se prevé el acceso a las sentencias sin los datos personales. Sin embargo, de acuerdo con la reciente jurisprudencia del TS, publicar la identidad de cualquier persona condenada está amparado por la libertad de información. En mi opinión, la adopción del principio 'se puede publicar la identidad del (agresor) condenado' debiera matizarse con tres reflexiones.

En primer lugar, el enlace a una sentencia, el conservar los datos en hemeroteca digital, o el añadir un archivo con la sentencia, puede definirse como 'tratamiento de datos personales' (art.4.2 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo). Es evidente que el derecho de protección de datos personales está también limitado por la libertad de información (art.85 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo). No obstante, la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, no ha establecido los límites claros entre este derecho y la libertad de información, los cuales deberán dilucidarse por los tribunales[3]. En este sentido, la publicación de la sentencia con los datos personales los convierte en un dato público, revelado por la justicia, por lo que quizás surjan complicaciones cuando se quieran ejercer las protecciones del derecho de protección de datos personales (como el derecho de supresión -derecho al olvido-)[4].

En segundo lugar, la publicación de la identidad personal, o el principio de transparencia está justificado como una forma de controlar el poder, y de rendición de cuentas de los gobernantes o a aquellas personas en una posición institucional de poder. La transparencia se concibe como una protección frente a los poderosos, pero la publicación de la identidad de todas las personas condenadas no necesariamente cumple este objetivo. Toda condena penal no es, a mi juicio, relevante públicamente.

[3] https://xnet-x.net/transposicion-art85-espana-libertad-informacion-ley-proteccion-datos-datosporliebre/

[4] Los nuevos límites como consecuencia del reconocimiento del derecho de protección de datos personales deberían considerar el derecho al olvido y el riesgo de crear un banco de datos (i.e. una lista de condenados) por quien no sea autoridad pública.

Por último, admitir, que se puede publicar la identidad del condenado, por cualquier delito (que tenga relevancia social), parece bascular hacia la búsqueda de la vergüenza pública. Y hay que recordar que, en un tiempo de amplio acceso a los periódicos digitales, 'la pena digital' (LAGESON, 2020) es un castigo adicional y duradero. Por ello sería conveniente que, en estos conflictos, entre libertad de información y derecho al honor, los jueces añadieran en la ponderación que realizan la finalidad de la reinserción, la cual también es un principio constitucional reconocido en el art.25.2 de la Constitución.

Elena Larrauri

Referencias bibliográficas

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: 1-52.

Sara LAGESON (2020) *Digital Punishment*. Oxford, OUP.

Elena LARRAURI y Martí ROVIRA (2021) Publicidad, solicitud y cancelación de los antecedentes penales en los tribunales españoles, *RECPC*, 23-01.

InDret
2.2021

José Massaguer
Universidad de Murcia

Las creaciones publicitarias protegibles mediante derecho de autor: propuestas creativas, conceptos publicitarios, creatividades e ideas publicitarias

Sumario

-

La doctrina de los autores se ha esforzado en negar que las ideas publicitarias puedan protegerse mediante derecho de autor, y muy poco en explicar qué son las creaciones publicitarias a las que el art. 21 I de la LGP reconoce la condición de categoría de creación intelectual protegible por medio de derecho de autor distinta de las obras literarias, artísticas o científicas del art. 10.1 de la LPI. En este trabajo me propongo demostrar que las genuinas creaciones publicitarias son lo que en el sector se conoce como "propuesta creativa", "concepto publicitario" y "creatividad", y la sustancia de todas ellas, a saber: las "ideas publicitarias" que componen el discurso publicitario que expresan y los recursos argumentales y de forma interna que lo articulan con el grado de individualidad suficiente para que se reconozcan en materiales publicitarios concretos cuya forma externa es diversa.

Abstract

-

Academic opinion has been intent on rejecting that advertising ideas can be protected under copyright laws, but not so on identifying which are the advertising works considered singular copyrightable intellectual creations under article 21 I of the General Advertising Law even though they are distinct from the literary, artistic or scientific works provided in article 10.1 of the Intellectual Property Law. This piece shows that genuine advertising works are what is known in the sector as "creative proposal", "advertising concept", "creativity", and their common essence, namely the "advertising ideas" that shape the advertising message and the thematic and formal resources used to express it with sufficient individuality to be recognized in concrete advertising materials having a different external form

Title: *Legal protection of advertising works (creative proposal, advertising concept, creativities and advertising ideas) under copyright*

-

Palabras clave: Publicidad; derecho de autor; obra protegible mediante derecho de autor; concepto publicitario, creatividad y propuesta creativa; protección de las ideas publicitarias

Keywords: *Advertising; copyright; copyrightable works; advertising concept, creativity and creative proposal; protection of advertising ideas*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i2.01

InDret

2.2021

Recepción
11/01/2021
-
Aceptación
07/03/2021
-

Índice

-

1. Introducción
2. Consideraciones generales
3. Reconocimiento legal de la protección de las creaciones publicitarias por medio de derecho de autor
4. Creaciones publicitarias objeto de derecho de autor
4.1. Creación publicitaria, discurso publicitario y transversalidad de su expresión
4.2. Objeto de la creación publicitaria
a. Creación publicitaria y proceso publicitario
b. Creación publicitaria y objeto del contrato de creación publicitaria
c. Creación publicitaria, propuesta creativa, concepto publicitario, creatividad…
d. (sigue) … y la sustancia de todo ello: las ideas publicitarias
4.3. Conformidad con la definición de obra según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea
5. Alcance de la protección de la creación publicitaria mediante derecho de autor
6. Aplicación del régimen jurídico general sobre derecho de autor
6.1. Requisitos sustantivos para la efectiva protección de las creaciones publicitarias mediante derecho de autor
6.2. Atribución de la protección y presunción de cesión de derechos de explotación
7. Bibliografía
8. Tabla de sentencias citadas

-

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

1. Introducción* **

Este trabajo tiene por objeto revisar el estado de opinión dominante sobre la protección jurídica de las creaciones publicitarias por medio de derecho de autor y defender que esas creaciones, a pesar de no ser obras literarias, artísticas o científicas del art. 10.1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, LPI), constituyen una singular categoría de creación intelectual igualmente protegible mediante derecho de autor, como se sigue del art. 21 I de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante, LGP). En particular, las creaciones publicitarias que, como tales, pueden protegerse mediante esta modalidad de protección jurídica son, a la vista del llamado proceso publicitario y de la delimitación legal del objeto del contrato de creación publicitaria, lo que en el sector se conoce como "propuesta creativa", incluidas sus partes (el "concepto publicitario" y la "creatividad") y su sustancia, esto es, las "ideas publicitarias" que componen el discurso publicitario (persuasivo o institucional) expresado en el material publicitario y los recursos argumentales (contenido) y de forma interna (presentación, estructuración, ordenación e interrelación) que lo articulan, siempre que posean el grado de individualidad necesario para que unos y otros se reconozcan en materiales publicitarios (distintos de los originales) cuya forma externa es diversa, con la consecuencia de que la tutela de las creaciones publicitarias alcanza a los materiales publicitarios que incorporan los elementos fundamentales y característicos del discurso y recursos publicitarios que expresan las ideas publicitarias en la propuesta creativa[1].

El reconocimiento de la protegibilidad de las creaciones publicitarias mediante derecho de autor es una constante en nuestra legislación especial sobre publicidad (art. 21 I LGP y antes art. 70 de la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad), como también lo es su omisión en el catálogo de obras protegibles que recoge la legislación general de propiedad intelectual (art. 10.1 LPI). No puede negarse que aquel reconocimiento y sus desarrollos han merecido la atención de la doctrina de los autores, tanto bajo el Estatuto de la Publicidad y antes de la aprobación de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987[2], como bajo la LGP de 1988 y el Texto

---

* Este trabajo está dedicado, con gratitud y aprecio, al profesor Gerhard Schricker, mi maestro alemán, cuyo consejo y oientación fueron decisivos en la elección del tema de mi tesis doctoral y, con ello, en el nacimiento de mi interés por la protección jurídica de la propiedad industrial e intelectual y el Derecho de la competencia, que tan fundamentales han sido para mi carrera académica y profesional.

** Para la preparación de este trabajo me he beneficiado de las explicaciones y observaciones de José Agra y Guillermo Garattoni, creativos publicitarios de CPWORKS, que me han explicado el proceso de preparación de una campaña y un anuncio, desde el planteamiento de su encargo hasta la realización de la campaña y la producción del anuncio, con especial atención al iter y resultados de la etapa creativa y a la ideación de la campaña o anuncio. Naturalmente, los errores que al respecto se pudieran encontrar solo son responsabilidad mía. Asimismo, en las etapas iniciales de este trabajo conté con la valiosa ayuda de mis compañeras Ana Ortega Redondo e Irene Ortega Andrades para la localización, selección y revisión de los materiales manejados en su preparación.

[1] La protección jurídica de las creaciones publicitarias que aquí se denominan propuestas creativas, conceptos publicitarios e ideas publicitarias mediante derecho de autor fue planteada y defendida por el profesor Gerhard SCHRICKER (1996) y (2004).

[2] Carlos FERNÁNDEZ NOVOA (1989).

Refundido de la LPI de 1996[3]. Sin embargo, la posición mayoritaria sobre el particular no es a mi juicio convincente. Es cierto que no se ha cuestionado que las creaciones publicitarias puedan ser y de hecho sean objeto de derecho de autor, pero no lo es menos que no se han definido y caracterizado de forma acabada y útil como categoría de creación intelectual protegible, que se ha entendido o sobreentendido que la creación publicitaria es el material publicitario, esto es, el cartel, la cuña radiofónica, el spot televisivo, etc., y en fin que se ha negado, con meritorias excepciones[4], que las ideas publicitarias expresadas en esos materiales puedan ser protegidas mediante derecho de autor con razonamientos que, a mi modo de ver, abundan en estereotipos y lugares comunes. Siempre desde mi punto de vista, ha faltado y falta en nuestra literatura jurídica un trabajo que, como requieren los términos en que se reconoce legalmente su protegibilidad mediante derecho de autor y la ubicación de la norma que así lo establece en una ley especial (extravagante a la LPI), asuma la especialidad que, entre las creaciones intelectuales, corresponde a la creación publicitaria y desentrañe su verdadera sustancia. En este sentido, a mi modo de ver sorprende la escasa atención que, para definir la creación publicitaria como objeto protegido por medio de derecho de autor, se ha prestado al proceso de elaboración de la publicidad, a pesar de ser necesario, a mi juicio, para comprender qué es una creación publicitaria y respecto de ella qué son las ideas publicitarias y cuál es su materia y cuál su forma y grado de expresión. Y sorprende especialmente que, sobre ello, no se haya reparado en que la prohibición de protección de las ideas mediante derecho de autor solo alcanza a las ideas "*en sí*" (art. 9 Acuerdo sobre los ADPIC y art. 2 del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor), pero no *per se*, y que, igualmente, se hayan pasado por alto las implicaciones que se siguen de que la creación publicitaria (cuya protección mediante derecho de autor se reconoce) se haya configurado como resultado del contrato de creación publicitaria (art. 21 I LPI), de que la prestación comprometida por el creativo en virtud de este contrato se haya definido como "*idear*" (art. 20 LGP) y, por último, de que se atribuya una exclusiva sobre las ideas publicitarias (art. 14 LGP).

En pocas palabras: parecería que la doctrina dominante se ha esforzado en negar sin matices que las ideas publicitarias puedan ser protegidas mediante derecho de autor y en hacerlo en un marco teórico general, y muy poco en cambio en explicar qué las creaciones publicitarias son susceptibles de ser objeto de derecho de autor, a pesar de que así se proclama expresamente en el art. 21 I de la LGP. De ahí que, aunque no se hayan producido cambios en el tratamiento legal de esta materia, parezca oportuno enfrentarse nuevamente a la protegibilidad de las creaciones publicitarias por medio de derecho de autor. Y ello, no solo para la fijación más precisa y mejor comprensión de las creaciones intelectuales protegidas por derecho de autor en el ámbito de la actividad publicitaria sino sobre todo para reevaluar el alcance objetivo de esta protección y precisar el contenido de la cesión de derechos sobre las creaciones publicitarias, sea de la que se presume con carácter general, sea de la que se haya pactado. Antes de hacerlo, sin embargo, conviene dejar sentados los principios del derecho de autor que más característicamente configuran el escenario en el que se asienta el objeto de este estudio.

2. Consideraciones generales

[3] Concepción SAIZ (1998); Rafael SÁNCHEZ ARISTI (2000); José M.ª DE LA CUESTA (2002); Rafael JIMÉNEZ DE PARGA (2003); Emilio LÁZARO (2009); Anxo TATO (2017).

[4] Rafael SÁNCHEZ ARISTI (2000), págs. 30 a 35.

Los sistemas de propiedad industrial e intelectual se estructuran en torno a cuatro capítulos, a saber: objeto, requisitos, efectos (que comprenden, entre otros extremos, alcance objetivo y contenido sustantivo) y terminación de la protección. Esto es evidente. Y, por lo que importa, también lo es que sistemáticamente son cosas distintas la creación que puede ser protegida, en este caso, por medio de derecho de autor (art. 1 LPI) y los requisitos materiales o positivos que esa creación debe poseer, no para ser una creación de las que pueden protegerse por medio de derecho de autor, que es un dato previo, sino para ser efectivamente protegida o, si se prefiere, para merecer la tutela que proporciona el derecho de autor (art. 10.1 inciso primero LPI). En efecto, una composición musical es una creación intelectual (por lo que, por su naturaleza, puede ser objeto de derecho de autor) aunque no sea original (por lo que sus características, que no su naturaleza, impiden que sea protegida en efecto). A pesar de ser obvio, es oportuno dejarlo dicho porque la doctrina de los autores parece haber pasado por alto que la determinación de que las creaciones publicitarias son una categoría de creación intelectual susceptible de ser tutelada por medio de derecho de autor no se encuentra en la legislación de propiedad intelectual, sino en la legislación sobre publicidad, y con ello también que las disposiciones de la LGP son la primera fuente de definición y caracterización de lo que sea una creación publicitaria, también como creación intelectual protegible por medio de derecho de autor.

En relación con lo anterior no estará de más advertir que, con arreglo a los arts. 1 y 10.1 de la LGP, solo las creaciones intelectuales que sean obras literarias, artísticas o científicas pueden ser protegidas mediante derecho de autor[5] (si reúnen los requisitos materiales exigidos al efecto). Como se ha dicho entre nosotros, la indicación de que las creaciones intelectuales protegidas son obras literarias, artísticas o científicas no es solo una clasificación, sino ante todo una delimitación normativa del ámbito de aplicación de la LPI y así de las creaciones intelectuales protegibles mediante esta modalidad de propiedad intelectual[6]. Sin perjuicio de la interpretación amplia que en este contexto corresponde a las categorías de lo literario, artístico o científico, las obras de esta naturaleza no forman un catálogo excluyente de creaciones protegibles o, desde otro ángulo, la protección mediante derecho de autor puede extenderse legalmente a creaciones intelectuales de otra naturaleza, como evidencia el reconocimiento de que puedan protegerse por medio de derecho de autor las colecciones (art. 12 LPI) o, bien miradas las cosas, los programas de ordenador, que han necesitado de una asimilación positiva (formal) a las obras literarias para que su tutela quedara encuadrada en el derecho de autor (art. 10.1.i LPI)[7]. Y esto es justamente lo que sucede con las creaciones publicitarias (art. 21 I LGP)[8].

Desde otra perspectiva, la creación intelectual susceptible de ser objeto de derecho de autor queda perfilada por dos condiciones negativas. Por un lado, la creación protegible es una expresión del genio o espíritu humano, y no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí (art. 9.2 del Acuerdo sobre los ADPIC y art. 2 del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor). Este principio se encuentra incorporado al Derecho de la UE y, en particular, a la definición de obra o creación intelectual protegible mediante derecho de autor de

---

[5] Ulrich LOEWENHEIM (2020), § 1 UrhG, Rn. 2.

[6] Rodrigo BERCOVITZ (2017), pág. 160.

[7] Rodrigo BERCOVITZ (2017), pág. 160.

[8] Esta solución evita de raíz la necesidad de las construcciones creativas de lo que es literario, artístico o científico en este ámbito, como en cambio fue necesario hacer en la doctrina alemana para incluir las creaciones publicitarias entre las creaciones protegidas por derecho de autor: vid. Gerhard SCHRICKER (1996), págs. 816 y 817.

la Directiva 2001/29/CE 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 (la "Directiva 2001/29/CE")[9]. De igual modo, su vigencia en nuestro ordenamiento jurídico interno está fuera de duda y, en particular, ha encontrado expresión en materia de protección de programas de ordenador (arts. 96.4 y 100.3 LPI), ha sido proclamada por los tribunales con carácter general[10] y es aceptada generalmente en la literatura jurídica[11]. Pero ello no debe impedir, ya que —como dije— se excluye su protección en sí, pero no *per se*, que la idea esté protegida mediante esta modalidad de protección jurídica en cuanto sea concepción de una obra que se incorpora a su concreta realización y se reconoce en ella por sus elementos y rasgos característicos[12].

En fin, la utilidad práctica que pueda tener la creación intelectual no es circunstancia que la excluya de ser objeto de derecho de autor[13] ni, desde otro ángulo, que exija un especial nivel de originalidad para reconocer su protección[14]. Ahora bien, es circunstancia que, por la naturaleza de las cosas, estrecha el margen de la originalidad, hasta incluso hacerlo desaparecer donde la idea se fusione con la expresión[15], puesto que la protección jurídica mediante derecho de autor no alcanza a los elementos expresivos debidos a la función de la creación considerada[16].

3. Reconocimiento legal de la protección de las creaciones publicitarias por medio de derecho de autor

Como objeto protegido por derecho de autor o, más precisamente, como bien susceptible de ser protegido por esta modalidad de propiedad intelectual, la obra es una creación intelectual (art. 1 LPI, arts. 2 a 4 de la Directiva 2001/29/CE)[17] y, como se ha visto, es en particular una creación del

---

[9] SSTJUE Gran Sala, 13.11.2018, asunto C-310/17, M. Vilaras (Ponente), "Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV" (ECLI: EU:C:2018:899), aptdo. (39); 3ª, 12.9.2019, asunto C-683/17, J. Malenovský (Ponente), "Cofemel - Sociedade de Vestuário, S.A. c. G-Star Raw CV" (ECLI: EU:C:2019:721), aptdo. (29); 5ª, 11.8.2020, asunto C-833/18, E. Juhász (Ponente), "SI y Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get" (ECLI: EU:C:2020:461), aptdo. (27).

[10] SSAP Madrid, Civil 28ª, 11.1.2007, Magistrado Ponente: Rafael Sarazá Jimena, "Comunicación persuasiva" (ECLI: ES:APM:2007:625), Civil 28ª, 11.10.2007, Magistrado Ponente: Enrique García García, "Lotería Elegida" (ECLI: ES:APM:2007:14578).

[11] Por todos, Rodrigo BERCOVITZ (2017), págs. 167-168, y Ulrich LOEWENHEIM (2020), § 2 UrhG, Rn. 73.

[12] Rafael SÁNCHEZ ARISTI (2000), págs. 30 a 35, y nuevamente un apunte en Rafael SÁNCHEZ ARISTI (2020), pág. 6063, nota (276).

[13] Por todos, Rodrigo BERCOVITZ (2017), pág. 171.

[14] Por todos, Rodrigo BERCOVITZ (2017), págs. 164 y 165.

[15] STJUE, 5ª, 11.8.2020, asunto C-833/18, E. Juhász (Ponente), "SI y Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get" (ECLI: EU:C:2020:461), aptdo. (33).

[16] SSTJUE, 3ª, 22.12.2010, asunto C-393/09, G. Arestis (Ponente), "Bezpečností softwarová asociace c. Ministerstvo kultury" (ECLI: EU:2010:816), aptdos. (48) y (49), Gran Sala, 13.11.2018, asunto C-310/17, M. Vilaras (Ponente), "Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV" (ECLI: EU:C:2018:899), aptdos. (27) y (30) a (33).

[17] SSTJUE, Gran Sala, 13.11.2018, asunto C-310/17, M. Vilaras (Ponente), "Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV" (ECLI: EU:C:2018:899), aptdos. (36) y (37); 3ª, 12.9.2019, asunto C-683/17, J. Malenovský (Ponente), "Cofemel - Sociedade de Vestuário, S.A. c. G-Star Raw CV" (ECLI: EU:C:2019:721), aptdo. (29), 5ª, 11.8.2020, asunto C-833/18, E. Juhász (Ponente), "SI y Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get" (ECLI: EU:C:2020:461), aptdo. (22).

ingenio humano perteneciente al ámbito de la literatura, el arte o la ciencia o, si cuenta con el necesario reconocimiento legal, a un ámbito de otra naturaleza.

Las creaciones publicitarias se encuentran en nuestro ordenamiento en este segundo grupo de creaciones protegibles, y lo están por cierto desde la primera ley especial de la publicidad. Así, el derogado art. 70 de la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad dispuso que, "(s)*in perjuicio de que las creaciones intelectuales o las invenciones que resulten de cualquier actividad publicitaria puedan gozar de los derechos de propiedad intelectual o industrial, las ideas publicitarias que posean la condición de novedad u originalidad atribuirán a su autor el derecho a perseguir cualquier posible imitación o a prohibir su utilización para fines distintos de los pactados*". Por su parte, el vigente art. 21 I de la LGP establece sobre este extremo que "(l)*as creaciones publicitarias podrán gozar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes*", lo que a mi juicio completan, en primer término, el art. 20 de la LGP, según el cual "(c)*ontrato de creación publicitaria es aquél por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario*"; y, en segundo término, el inciso primero del art. 14 de la LGP, a cuyo tenor "(e)*l anunciante deberá abstenerse de utilizar para fines distintos de los pactados cualquier idea, información o material publicitario suministrado por la agencia…*". En fin, la definición de publicidad relevante en esta materia se encuentra en el art. 7 de la LGP, según el cual "(l)*os contratos publicitarios se regirán por las normas contenidas en el presente Título, y en su defecto por las reglas generales del Derecho Común. Lo dispuesto en el mismo será de aplicación a todos los contratos publicitarios, aun cuando versen sobre actividades publicitarias no comprendidas en el artículo 2*", por lo que la creación publicitaria protegible por medio de derecho de autor no solo integra la publicidad comercial del art. 2 de la LGP, sino también la institucional de los arts. 1 a 3 de la Ley 25/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, y la propaganda política, como es la electoral de los arts. 53 y concordantes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, caracterizadas la primera y la última por tener un discurso persuasivo, sea sobre cuestiones de carácter comercial, sea sobre cuestiones de índole partidista, y la segunda, por tener un discurso informativo sobre cuestiones de interés general.

4. Creaciones publicitarias objeto de derecho de autor

4.1. Creación publicitaria, discurso publicitario y transversalidad de su expresión

En nuestro sistema de protección jurídica de la propiedad intelectual, las creaciones publicitarias tienen la consideración de creaciones intelectuales distintas de las obras literarias, artísticas o científicas. En efecto, el reconocimiento de que las creaciones publicitarias pueden protegerse mediante derecho de autor en una ley (la LGP) que se aprobó un año después que la ley (la LPI) que estableció una categorización de obras protegibles en la que no encuentra fácil acomodo la creación publicitaria, tratamiento que se ha mantenido en las sucesivas reformas de una y otra ley, solo puede significar que estas creaciones son cosa distinta de una obra audiovisual, una obra fotográfica, una obra literaria, una obra musical o, en general, una obra de las del art. 10.1 de la

LPI[18]. Y lo mismo vale, ajustado lo que necesite ajustarse, respecto de la LPI de 1879 y el EP de 1964. Así lo confirma, además, el tratamiento positivo dado a esta cuestión en el art. 21 I de la LGP, que, tras reconocer la protegibilidad de estas creaciones mediante derechos de propiedad intelectual, remite a la LPI solo la determinación de los requisitos exigidos para que, en cada caso, se reconozca su protección (e implícitamente, claro está, la determinación de todos los demás aspectos del régimen jurídico de esa protección). Dicho en otros términos, la remisión del art. 21 I de la LGP a la LPI en esta materia no alcanza a la determinación de las categorías de obras protegibles mediante derecho de autor, precisamente porque, en relación con las creaciones publicitarias, esa determinación se halla en la norma publicitaria.

De otro modo, el art. 21 I de la LGP sería superfluo. Descartado que la utilidad de la creación intelectual impida que sea objeto de derecho de autor, ninguna necesidad existía de establecer el ahora art. 21 I de la LGP a fin de proteger mediante derecho de autor una película publicitaria o un spot televisivo, un jingle o tema musical publicitario, una fotografía o dibujo de un anuncio gráfico, un eslogan o fórmula publicitaria, o un texto publicitario más complejo, puesto que la naturaleza de estas creaciones intelectuales es, a todas luces y según proceda, la de una obra audiovisual, musical, fotográfica, plástica o literaria. Desde este punto de vista, las creaciones publicitarias se caracterizan por la transversalidad de su naturaleza expresiva que —frente a las obras literarias, artísticas o científicas— les presta precisamente su condición de publicidad y, en particular, su condición de vehículo de una comunicación dirigida a persuadir o informar a sus destinatarios, cuya esencia radica en su función, en la forma y medios con los que, por ejemplo, se impulsa su decisión de compra o simpatía por una propuesta política y cuyo valor social radica en su eficacia para conseguirlo, lo que no depende tanto de la expresión como de la sustancia, del contenido del discurso y de los recursos puestos a su servicio. Esto es, la creación publicitaria genuina es ese discurso publicitario y los recursos que concretan, estructuran, ordenan e interrelacionan sus elementos, cualquiera que sea la clase de material publicitario en que encuentren expresión (audiovisual, radiofónico, fotográfico, etc.).

En resumen, el silencio del art. 10.1 de la LPI respecto de las creaciones publicitarias no es un olvido que vino a reparar el art. 21 I de la LGP, sino el reconocimiento de que, en este caso, la creación intelectual es cosa distinta de las obras literarias, artísticas o científicas. En particular, lo es —como queda dicho— el discurso publicitario, esto es, el mensaje dirigido a persuadir o informar y los recursos de contenido (argumentales) y forma (estructura, orden e interrelación) mediante los que se presenta y desarrolla cualquiera que sea la clase de lenguaje expresivo escogida (escrito, audiovisual, musical, fotográfico, etc.), a capturar la atención del público objetivo e influir en sus preferencias y conducta, sea en relación con la oferta de un producto o servicio hecha mediante publicidad, sea en relación con la oferta política impulsada por la propaganda, sea en relación con los datos que transmite la publicidad institucional (arg. *ex* art. 7 LGP). A continuación se expondrá con algún detalle los fundamentos de esta tesis acerca del objeto de la creación publicitaria como categoría singular de creación protegida por medio de derecho de autor y sus implicaciones en relación con el alcance de esa protección.

4.2. Objeto de la creación publicitaria

[18] Se evita así la dificultad afrontada para insertar las creaciones publicitarias en los ordenamientos que solo contemplan que sean objeto de derecho de autor las obras literarias, artísticas o científicas, como sucede en Alemania: Gerhard SCHRICKER (1996), pág. 825.

Para determinar el objeto de la creación publicitaria y los contornos que la delimitan como bien protegido por medio de derecho de autor es obligado, por claras razones sistemáticas, poner en relación el art. 21 de la LGP con su art. 20. De la lectura conjunta de estos preceptos se sigue que las creaciones publicitarias del art. 21 I de la LGP son el objeto de la prestación que los creativos se obligan a realizar por virtud del contrato de creación publicitaria del art. 20 de la LGP, que determina la tareas que deben realizar ("idear y elaborar") y el resultado, lo ideado y elaborado, que debe obtenerse y entregarse ("un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario"), que algún autor ha designado, de forma resumida, como "proyecto publicitario"[19] y al que, siguiendo los usos del sector, denominaré en adelante "propuesta creativa".

Así queda planteada la hipótesis que antes avancé y establecido un extremo esencial para la definición de la creación publicitaria como objeto de propiedad intelectual; a saber: la creación publicitaria, a la que se refiere la LGP, es el proyecto de comunicación publicitaria ideado y elaborado por los creativos, sus partes y su sustancia, y no en cambio el conjunto acabado (en condiciones de ser difundido) de piezas publicitarias interrelacionadas que forman una campaña publicitaria o una parte de una campaña, ni tampoco la pieza publicitaria individual y acabada, esto es, la fotografía que se expone en una valla, el spot televisivo que se emite, el jingle que se radiodifunde como parte de una cuña, la película publicitaria que se proyecta en un cine, el banner que se pone a disposición de los usuarios de Internet en una página web, etc.

Seguramente, esta lectura no encuentra un respaldo evidente en la determinación legal del objeto de las prestaciones comprometidas por los creativos según el art. 20 de la LGP por dos razones. De una parte, la construcción gramatical de la norma no es tan clara como debería haber sido, en el sentido de que el objeto de la prestación (lo comprometido como ideado y elaborado) es un proyecto —de una campaña, de una parte de una campaña o de un elemento publicitario cualquiera—, y no, como podría sugerir la letra de la norma, el proyecto de una campaña, una parte acabada de una campaña o un elemento publicitario ya producido, aunque la primera lectura, que aquí se defiende, es más acertada tanto lógicamente (pues no se acierta a ver por qué el objeto de la creación si se refiere a una campaña debe ser un proyecto, y si es un elemento publicitario debe ser, por ejemplo, un anuncio acabado y en condiciones de ser difundido) como sistemáticamente (pues la producción del material publicitario es una prestación distinta de la creación tanto en el proceso generalmente seguido para la ejecución de un encargo publicitario como en las relaciones que entre sí guardan los contratos de publicidad y de creación publicitaria). Y, de otra parte y como ha apuntado algún autor, la noción de creación como prestación contractual que comprende tanto la tarea de idear como la de elaborar sugeriría que el creativo se obliga a entregar una campaña, parte de campaña o elemento publicitario ya producido, acabado y en condiciones de ser difundido[20], aunque parece más acertado, como aquí se propone, desgajar las tareas de idear y elaborar entre sí, como prestación dual y separable propia del creativo, y respecto de la producción, como prestación propia de la agencia.

En particular, la posición defendida (la creación publicitaria es funcionalmente un proyecto o propuesta) encuentra apoyo tanto en la secuencia de actuaciones que típicamente se suceden desde el encargo de la publicidad hasta su efectiva difusión, esto es, "el proceso publicitario",

[19] José M.ª DE LA CUESTA (2002), pág. 307.

[20] Luis A. MARCO ARCALÁ (2014), págs. 2093 y 2094.

como en la práctica contractual del sector y, especialmente, en la configuración sistemáticamente cabal del objeto y contenido del contrato de publicidad. Veámoslo.

a. Creación publicitaria y proceso publicitario

Para determinar en qué consiste la aportación comprometida y en su virtud la creación ideada y elaborada por el creativo, se debe rastrear el *iter* de generación de una campaña, de parte de la campaña o de un elemento publicitario, desde la decisión de encargar su realización hasta su finalización material, esto es, hasta que está acabado y presto para ser difundido (el "proceso publicitario")[21]. A continuación solo se hace referencia al proceso publicitario comercial, en el bien entendido de que puede trasladarse *mutatis mutandis* a la publicidad institucional y a la propaganda.

El proceso publicitario comienza con el llamado *briefing* de *marketing*. En este paso, el anunciante indica a la agencia de publicidad típicamente el producto o servicio objeto de la publicidad en que está interesado, el objetivo buscado con ella (incremento de ventas, lanzamiento, promoción de ventas, recuerdo, ganancia de notoriedad, asociación a emociones o sentimientos, captación de nuevos clientes, etc.), el círculo de destinatarios y su segmentación, el mensaje de la campaña y, en fin, los medios de difusión que considera apropiados.

Al *briefing* de *marketing* sigue la etapa de planificación que efectúa la agencia de publicidad (aunque no es infrecuente que los grandes anunciantes que cuentan con departamentos de publicidad también se hagan cargo de su preparación) y concluye con el llamado *contrabriefing briefing* publicitario o propuesta publicitaria, que en esencia es una respuesta al problema de marketing que deja planteado el *briefing* inicial del anunciante. En particular, el *briefing* o propuesta publicitaria es un resumen de la campaña o del elemento publicitario que se entiende adecuado para atender al requerimiento propuesto por el anunciante en su *briefing* de *marketing* y, de forma usual, contiene una definición de sus objetivos concretos, público destinatario, tono de la comunicación, seguimiento, presupuesto y estrategia creativa. Con esta última, se fijan el eje o ejes de la campaña o elemento publicitario, su mensaje central (más novedoso, más duradero, más económico, más exclusivo, etc.) y su tono (aspiracional, testimonial, objetivo, práctico, etc.), así como los medios de difusión y el cronograma de los trabajos pendientes hasta la finalización de la producción de la campaña o anuncio y de su difusión a través de los distintos medios en cada caso considerados.

Cerrada la propuesta publicitaria y obtenido el visto bueno del anunciante, entran en escena los creativos publicitarios. A partir del *briefing* o propuesta publicitaria, los creativos conciben y preparan la llamada propuesta creativa, que comprende el concepto creativo (o descripción de los elementos fundamentales y característicos del discurso publicitario y recursos asociados a la pieza o piezas publicitarias objeto del encargo recibido por el creativo) y la creatividad (presentación en borrador de la ejecución del concepto publicitario, ajustada a la forma de expresión del caso), cuya última versión, revisada en función de las observaciones del comitente directo o indirecto (el anunciante o la agencia), servirá de base y guía para la producción de las piezas de la campaña publicitaria o parte de ella o para la producción de los elementos publicitarios individuales encomendados.

[21] Cfr. Migel A. FURONES (1980), págs. 32 y 33, y M.ª Ángeles GONZÁLEZ LOBO y M.ª Dolores PRIETO DEL PINO (2009), capítulo VI (edición electrónica sin paginar).

Esta producción es acometida por los "estudios" o productores (que pueden ser departamentos de las agencias o de los propios anunciantes). En esta etapa todavía se hacen ajustes de forma (por lo general) que quedan incorporados a la pieza final, que se corresponde con lo que en publicidad gráfica se ha denominado tradicionalmente "arte final", expresión que se utiliza también para referirse a lo que en la publicidad de radio y televisión se ha denominado "copia de emisión", actualmente archivos digitales en formatos y otras condiciones técnicas que permiten su reproducción (publicidad gráfica), su emisión (publicidad televisiva y radiofónica), su proyección (publicidad en cine), etc.

b. Creación publicitaria y objeto del contrato de creación publicitaria

La secuencia y ordenación de actuaciones que compone el proceso publicitario y, en particular, el contenido y objeto de la prestación asumida por cada uno de los actores de ese proceso se corresponden con la práctica contractual más consolidada en este sector, recogida en el Contrato Tipo de Publicidad de la Asociación Española de Anunciantes y la Asociación Española de Agencias de Publicidad[22]. Como es de ver en sus definiciones y en sus estipulaciones sobre los servicios de la agencia, el resultado del trabajo de los creativos (sean empleados de la agencia, sean terceros contratados al efecto) es una propuesta (que he denominado "propuesta creativa") conceptual (que he denominado "concepto publicitario") y expresiva presentada en forma de boceto u otro medio de expresión resumida (que he denominado "creatividad"[23]), a la que sigue, ya ejecutada por otros y supervisada por la agencia, la realización o producción del material publicitario en condiciones de ser difundido (lo que he denominado "artes finales" y se define en el Contrato Tipo como "*las obras audiovisuales y gráficas, así como todas las partes componentes de los mismos que constituyen los mensajes publicitarios de las campañas*").

Este planteamiento se ajusta, además, al lugar que, en la interpretación sistemáticamente más acerada, posee la creación en la gestación de una campaña o un anuncio según la LGP y, en particular, en la definición de las prestaciones objeto del contrato de publicidad y su diferenciación y relación con las que lo son del contrato de creación publicitaria. En efecto, por virtud del contrato de publicidad la agencia compromete "*la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma*" (art. 13 I LGP), donde la creación de la publicidad es la prestación propia del contrato de creación (arg. *ex* art. 13 II LGP) y consiste, como se ha visto, en "*idear y elaborar* (por el creativo) *un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier elemento publicitario*" (art. 20 LGP), así como en el conjunto de actuaciones de coordinación y supervisión que se revelen precisas para la realización efectiva de esas tareas de idear y elaborar[24]. Salta a la vista que en este contexto ejecución y creación de la publicidad son cosas distintas, competen a sujetos distintos y tienen objetos diferentes; en particular, la ejecución es prestación propia del contrato de publicidad que versa sobre la publicidad en el sentido de pieza acabada y en condiciones de ser difundida, mientras que el idear y elaborar del contrato de creación publicitaria versan sobre un proyecto. Esto es, la ejecución de la publicidad comprende, como parte de la puesta en práctica de la publicidad y entre otras actuaciones, la producción del material publicitario que compone una campaña publicitaria, entera o una parte

[22] https://creatividadtransformadora.es/wp-content/uploads/2014/09/CONTRATO-TIPO.pdf.

[23] Expresión de la que también se hace eco en este contexto (objeto de la prestación contractual del creativo publicitario) José M.ª DE LA CUESTA (2002), pág. 307.

[24] En esta línea se orienta Carmen GARCÍA PÉREZ (2009), págs. 337 y 338.

de ella, o la producción de un elemento publicitario, como un anuncio u otro vehículo adecuado para efectuar una comunicación persuasiva o informativa (como por ejemplo un gadget promocional) o parte de él (como por ejemplo el jingle de una cuña radiofónica)[25]. En cambio, la creación de la publicidad consiste, como prestación, en idear y elaborar la propuesta creativa, formada por el concepto creativo y la creatividad, que, como resultado de la prestación, sirve de base y guía para producir el material publicitario acabado. En particular, la propuesta creativa presenta, mediante su descripción y su ejecución de prueba, la concepción publicitaria ideada para el caso, el discurso o mensaje publicitario y los recursos de contenido y forma de que se vale, y en este sentido determina los materiales o medios publicitarios que forman una campaña o una parte de ella, así como las relaciones que guardan entre sí, o los que forman un concreto elemento publicitario, incluido su formato o lenguaje expresivo. Así las cosas, en la relación sistemática que guardan entre sí como objeto de los contratos publicitarios, la creación publicitaria es precisamente el resultado inmaterial de idear el concepto creativo y el resultado material de su elaboración mediante la incorporación de lo ideado a un borrador, que es el entregable que —como prestación característica de un contrato de obra como es el de creación publicitaria— el creativo se obliga a realizar y entregar al comitente (por regla general, una agencia de publicidad) para que, tras su revisión y validación final por el comitente y, si no lo es, el anunciante, se proceda a la producción del arte final.

En suma, la creación publicitaria a la que el art. 21 I de la LGP reconoce la naturaleza de objeto protegible por medio de derecho de autor es previa a la producción de la publicidad, es el resultado creativo de idear[26], que, a partir de la propuesta que lo expresa, se traslada a la campaña o al anuncio, por lo que como creación —conviene insistir— es distinta de la obra musical, audiovisual, musical, etc., que es o integra el anuncio, y más en particular es el resultado creativo que gobierna, guía y pauta la realización o producción de la campaña, toda o parte de ella, y pieza publicitaria acabada, lista para difundirse.

c. Creación publicitaria, propuesta creativa, concepto publicitario, creatividad…

El grueso de la creación publicitaria como resultado de un esfuerzo intelectual encaminado a dar respuesta (mediante un discurso y recursos persuasivos o informativos correspondientes) a la concreta formulación del problema publicitario planteado por el anunciante se halla, por lo tanto, en la propuesta creativa. Esta se articula generalmente en torno a dos elementos que típicamente se generan de forma sucesiva, el uno a partir del otro: el "concepto publicitario" y la "creatividad".

El concepto publicitario es la formulación escueta y, en general, revestida de un innegable grado de abstracción del discurso y recursos publicitarios que configurarán la campaña, parte de la campaña o elemento publicitario cuyo proyecto ha sido encomendado a los creativos. Comúnmente, consiste en la presentación de lo esencial del mensaje publicitario o alegación que debe captar la atención del destinatario y, según los casos, formar sus preferencias sobre lo ofrecido o su conocimiento de la cuestión abordada, del plan de desarrollo de ese mensaje, de la

[25] Un apunte en este sentido ofrece Carmen García Pérez (2009), pág. 342.

[26] En esta línea ya José M.ª de la Cuesta (2002), págs. 97, 100, aunque a renglón seguido de este último pasaje parecería negar que el resultado de idear, que considera genuina creación publicitaria, no estaría protegido por derecho de autor (pág. 100).

elección y disposición de sus elementos o recursos de contenido y forma, y, en su caso, de la relación que entre sí guardan sus respectivas piezas.

Por su parte, la creatividad es la traslación imperfecta y aproximada (en borrador) del concepto publicitario, ya desarrollado, al medio expresivo que corresponda, con la finalidad última de que el anunciante se forme un juicio cabal sobre el resultado creativo y, en particular, la configuración del discurso publicitario y sus recursos, lo valide y, en su caso en forma de nueva versión, sirva de pauta para la producción de las artes finales que correspondan. La creatividad tiene distinta naturaleza expresiva según sea uno u otro el medio de difusión considerado: un *script* (descripción verbal de contenido), *storyboard* (sucesión de viñetas que representan las escenas del anuncio), *animatic* (animación digital de las escenas del anuncio) o incluso un *video mood* (*storyboard* filmado o animado) si se trata de una pieza publicitaria audiovisual, un boceto si se trata de una pieza gráfica, una maqueta si se trata de una pieza radiofónica, etc.

A partir de la propuesta creativa y, en particular, de la creatividad se producen —como se ha dicho— las artes finales, esto es, las piezas publicitarias acabadas y en condiciones de ser difundidas, en su caso previa obtención de las copias precisas para ello, a la que se traslada el concepto publicitario.

No parece dudoso, en suma, que las creaciones publicitarias genuinas, aquellas creaciones intelectuales que pueden ser protegidas por medio de derecho de autor según el art. 21 I de la LGP, porque no tienen cabida natural entre las obras literarias, artísticas o científicas del art. 10.1 de la LPI, son la propuesta creativa y las creaciones que la componen, a saber: el concepto publicitario, incluida la descripción de su desarrollo, y la creatividad, sin perjuicio de que, como es frecuente, en la fase de producción del arte final se realicen aportaciones creativas que completen, afinen o modifiquen la propuesta creativa, en el bien entendido de que, por regla general, estas aportaciones incidirán en los aspectos expresivos formales, y no en el discurso publicitario y sus recursos característicos.

d. (sigue) … y la sustancia de todo ello: las ideas publicitarias

Pero tampoco parece dudoso que si esta fuera la única determinación con la que concluyera la consideración de las creaciones publicitarias como creaciones protegibles por medio de derecho de autor, el resultado alcanzado adolecería de cierto formalismo, que en última instancia podría reducir la aportación intelectual protegible que encarnan (el discurso publicitario y los recursos asociados ideados por los creativos) a la concreta expresión escrita, gráfica, etc., que tienen en el borrador en que se presentan para el visto bueno del comitente.

Este reduccionismo sería desacertado, porque seguiría dando la espalda a la realidad, que sitúa la esencia de la creación publicitaria en las ideas (discurso publicitario y recursos correspondientes) no por sí mismas consideradas, sino en cuanto se expresan[27] inicialmente en el concepto publicitario y la creatividad, de donde pasan a expresarse en el material publicitario, en el que son reconocibles por sus elementos fundamentales y característicos, circunstancia que permite su incorporación a otros materiales publicitarios formalmente diversos, que es justamente la razón de ser y explica la oportunidad de su protección jurídica (*vide infra* [4]).

[27] Sobre la vigencia de la exigencia de expresión de las ideas publicitarias para acceder a su protección por medio de derecho de autor, Gerhard SCHRICKER (1996), pág. 825.

Y porque daría la espalda asimismo a dos datos decisivos proporcionados por el tratamiento positivo que merecen las creaciones publicitarias. El primer dato positivo es la consideración legal de que la propuesta publicitaria hecha por el creativo, cuya aportación intelectual reside —como se ha dicho— en el concepto publicitario y la creatividad, es el resultado de una prestación legalmente definida como "*idear y elaborar*", en cuya dualidad material y distinta naturaleza han reparado acertadamente algunos autores[28], sin perjuicio de que puedan ser ejecutadas por un mismo sujeto y de que en todo caso la entrega de la obra contratada (propuesta creativa) exija su incorporación a un soporte adecuado[29]. Así, la idea expresada en la propuesta creativa (afincada en el concepto publicitario) y su elaboración (concretada en la creatividad) son resultados diferenciados de las prestaciones de idear y elaborar. De ahí que, en efecto, la creación publicitaria sea también, sobre todo, la idea que alienta y define los elementos fundamentales y característicos de una comunicación comercial, política o institucional (lo que he denominado "discurso publicitario y recursos asociados o correspondientes"), que preceden a su forma de expresión y son separables de ella (individualizables y reconocibles desligados de ella), a la que sigue su elaboración en borrador (lo que he denominado creatividad), para completar la propuesta creativa con su respectiva descripción y exposición justificada de su adecuación a lo encomendado o, lo que es lo mismo, de su idoneidad para responder al problema de marketing planteado por el anunciante. Se advierte, por tanto, que "idear" es en este contexto prestación dotada de autonomía (art. 20 LGP) y que existe una conexión sustantiva y sistemática entre el objeto de esa prestación (lo ideado, que es el discurso publicitario que se concreta esencialmente en el concepto publicitario y se presenta en la creatividad y que, materialmente, encierra en sí las claves de su éxito, de su capacidad de producir el efecto persuasivo o informativo al que sirve) y la condición de creación publicitaria que se proclama protegida mediante propiedad intelectual (art. 21 I LGP), que se proyecta sobre la concepción de la comunicación publicitaria y, en particular, sobre la determinación de sus recursos, su naturaleza o clase de expresión, su secuencia y ordenación, su disposición interna, sus relaciones, etc.

El segundo dato positivo es el explícito reconocimiento de una exclusiva sobre estas ideas, expresada en la prohibición que se impone al anunciante de utilizar "cualquier idea" que le proporcione la agencia de publicidad (en cuanto le corresponde efectuar, por sí o por otro, la creación publicitaria [art. 13 LGP]) para fines distintos de los pactados (art. 14 inciso primero LGP). Visto el tenor legal y el contexto, no existe ninguna razón convincente para identificar ideas con secretos empresariales, como se ha hecho seguramente para no caer en contradicción con la negativa a protegerlas mediante derecho de autor. Si así fuera, la misma prohibición pesaría sobre la agencia en relación con las ideas proporcionadas por el anunciante mediante el *briefing* de marketing (por regla general más rico en secretos empresariales que la propuesta creativa), pero el art. 14 de la LGP guarda silencio al respecto en su inciso segundo. Antes bien, es evidente que la prohibición de utilizar las ideas del art. 14 inciso primero de la LGP encarna una prevención contra la explotación de la creación publicitaria en contra o más allá de los derechos concedidos contractualmente, incluso tras la difusión del material publicitario primeramente producido y, por ello, solo puede asentarse en que las ideas a las que se refiere, que no son otras que las que se generan con la actuación que conduce a la creación publicitaria ("idear"), son objeto de tutela jurídica, que en este contexto es, al menos, la que proporciona la legislación sobre propiedad intelectual (arg. ex arts. 14, 20 y 21 LGP).

[28] Rafael Sánchez Aristi (2020), pág. 6062; José M.ª de la Cuesta (2002), pág. 309.

[29] José M.ª de la Cuesta (2002), pág. 312.

4.3. Conformidad con la definición de obra según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Lo sostenido hasta aquí no entra en conflicto con la definición de obra como objeto de derecho de autor en la jurisprudencia del TJUE. Esta no es cuestión menor. En efecto, por una parte, la Directiva 2001/29/CE establece una armonización completa en los preceptos que se refieren al derecho de autor sobre las obras[30] y, sobre ello, no consiente que la legislación interna proteja mediante derecho de autor creaciones que no sean obras en el sentido de la Directiva: "*la protección asociada a los derechos de autor... está reservada a los [objetos] que merecen ser calificados de obras*"[31]. Por otra parte, obra es a estos efectos un concepto de Derecho de la Unión y, como tal, objeto de la interpretación uniforme y autónoma que establezca el TJUE[32]. Así, las creaciones publicitarias del art. 21 I de la LGP, definidas como se ha propuesto, serán obras susceptibles de ser protegidas por medio de derecho de autor si tienen un objeto y naturaleza que permita encuadrarlas en la definición de obra de la jurisprudencia del TJUE; de otra forma, aquel precepto sería contrario a la Directiva 2001/29/CE[33].

Desde esta perspectiva, no es dudoso que obra es una "*creación intelectual*"[34]. Y tampoco lo es que, dejando de lado —como debe ser— las adherencias de requisitos de protección que se integran en su definición, la creación intelectual protegible mediante derecho de autor se caracteriza, en un sentido negativo, por no ser una idea sin expresión, esto es, por no ser una idea en sí, puesto que "*la protección del derecho de autor abarca las expresiones pero no las ideas... en sí*"[35], y se caracteriza asimismo, en un sentido positivo, por tener un "*objeto identificable con suficiente precisión y objetividad*"[36] en el que no se confundan "*la idea y la expresión*"[37]. Esas creaciones intelectuales, en cambio, no se caracterizan ni limitan, ni en la Directiva 2001/29/CE ni en la jurisprudencia que la interpreta, por ser de una concreta naturaleza expresiva, y en

---

[30] STJUE, Gran Sala, 29.7.2019, asunto C-469/17, M. Ilešič (Ponente), "Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Detschland" (ECLI: EU:C:2019:623), aptdos. (35) a (38).

[31] STJUE, 3ª, 12.9.2019, asunto C-683/17, J. Malenovský (Ponente), "Cofemel - Sociedade de Vestuário, S.A. c. G-Star Raw CV" (ECLI: EU:C:2019:721), aptdo. (50) in fine.

[32] SSTJUE, Gran Sala, 13.11.2018, asunto C-310/17 , M. Vilaras (Ponente), "Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV" (ECLI: EU:C:2018:899), aptdo. (33); 3ª, 12.9.2019, asunto C-683/17 J. Malenovský (Ponente), "Cofemel - Sociedade de Vestuário, S.A. c. G-Star Raw CV" (ECLI: EU:C:2019:721), aptdo. (29); 4ª, 16.7.2009, asunto C-5/08 J. Malenovský (Ponente), "Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening" (ECLI: EU:C:2009:465), aptdo. (27).

[33] STJUE, Gran Sala, 13.11.2018, asunto C-310/17 , M. Vilaras (Ponente), "Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV" (ECLI: EU:C:2018:899), aptdo. (45).

[34] SSTJUE, Gran Sala, 13.11.2018, asunto C-310/17 , M. Vilaras (Ponente), "Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV" (ECLI: EU:C:2018:899), aptdo. (37); y 3ª, 12.9.2019, asunto C-683/17 J. Malenovský (Ponente), "Cofemel - Sociedade de Vestuário, S.A. c. G-Star Raw CV" (ECLI: EU:C:2019:721), aptdo. (29).

[35] STJUE, Gran Sala, 13.11.2018, asunto C-310/17 , M. Vilaras (Ponente), "Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV" (ECLI: EU:C:2018:899), aptdo. (39).

[36] SSTJUE, Gran Sala, 13.11.2018, asunto C-310/17 , M. Vilaras (Ponente), "Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV" (ECLI: EU:C:2018:899), aptdo. (40), y 3ª, 12.9.2019, asunto C-683/17 J. Malenovský (Ponente), "Cofemel - Sociedade de Vestuário, S.A. c. G-Star Raw CV" (ECLI: EU:C:2019:721), aptdo. (32).

[37] SSTJUE, 5ª, 11.8.2020, asunto C-833/18, E. Juhász (Ponente), "SI y Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get" (ECLI: EU:C:2020:461), aptdo. (27); 3ª, 22.12.2010, asunto C-393/09, G. Arestis (Ponente), "Bezpečností softwarová asociace c. Ministerstvo kultury" (ECLI: EU:C:2010:816), aptdos. (48) y (49).

particular por ser solo las de naturaleza literaria, artística (de hecho se descarta expresamente que la obra sea una creación intelectual caracterizada por elementos estéticos, porque ello requeriría "*una identificación basada esencialmente en las sensaciones, intrínsecamente subjetivas, de la persona que percibe el objeto en cuestión* [lo que] *no cumple la exigencia requerida de precisión y objetividad*" [38]) o científica.

La cuestión que queda planteada es, por lo tanto, si las creaciones publicitarias, entendidas en los términos expuestos, son creaciones intelectuales cuyo objeto es una idea en sí o si cuentan con un objeto que, por su expresión, puede identificarse de manera precisa y objetiva (aunque no tenga naturaleza literaria, artística o científica), condición que debe estimarse satisfecha si permiten a jueces y tribunales y otras autoridades involucradas en la defensa del derecho de autor y, en general, a los agentes económicos interesados conocer e identificar su objeto con la claridad y certeza que requiere un nivel razonable de seguridad jurídica y, por tanto, sin consideraciones subjetivas. Y la respuesta no es dudosa: nada en el objeto ni en la naturaleza de las creaciones publicitarias y, en particular, de la propuesta creativa y sus componentes (concepto publicitario y creatividad) impide que el discurso y los recursos publicitarios que presentan sean expresados de forma que quienes operan en el sector y quienes resuelven disputas en el sector estén en condiciones de determinarlos, reconocerlos, apreciar su singularidad y, en su caso, valerse de ellos para confeccionar otra campaña u otro elemento publicitario de los que sean y se reconozcan como elementos fundamentales y caracterizadores[39].

De hecho, así lo prueban las resoluciones, antes recordadas, que han afirmado la protegibilidad e infracción de los formatos televisivos y los argumentos o que han caracterizado y afirmado la existencia de la transformación de un guion cinematográfico. Y ello, además, encuentra pleno respaldo en la posición del TJUE, claramente afirmativa de la protección de las creaciones intelectuales (con independencia de la clase de su forma de expresión) que, como los conceptos publicitarios y las creatividades, están indicadas para servir de material y patrón de confección de una obra literaria, artística o científica, del modo en que, en particular, tiene dicho expresa y precisamente respecto de "*los trabajos preparatorios de concepción que pueden llevar... a la creación ulterior de tal programa*" de ordenador[40], cuya proximidad a las creaciones publicitaras es más que evidente.

Siendo esto así, conceptos publicitarios, creatividades y propuestas creativas y especialmente las ideas o discurso publicitario que las expresa y los recursos que las presentan en cuanto son sus elementos fundamentales y caracterizadores, en cuanto las hacen reconocibles, no están excluidos de la noción de obra de la jurisprudencia del TJUE y, en consecuencia, nada impide reconocerlos como creaciones intelectuales objeto de derecho de autor, del modo en que, según vengo argumentando, hace el art. 21 I de la LGP.

---

[38] SSTJUE, Gran Sala, 13.11.2018, asunto C-310/17 , M. Vilaras (Ponente), "Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV" (ECLI: EU:C:2018:899), aptdo. (42), y 3ª, 12.9.2019, asunto C-683/17 J. Malenovský (Ponente), "Cofemel - Sociedade de Vestuário, S.A. c. G-Star Raw CV" (ECLI: EU:C:2019:721), aptdo. (34).

[39] STJUE, 4ª, 16.7.2009, asunto C-5/08J. Malenovský (Ponente), "Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening" (ECLI: EU:C:2009:465), aptdo. (47).

[40] SSTJUE, Gran Sala, 2.5.2012, asunto C-406/10, G. Arestis (Ponente), "SAS Institute Inc. contra World Programming Ltd" (ECLI:EU:C:2012:259), aptdo. (37), y asimismo STJUE, 3ª, 22.12.2010, asunto C-393/09, G. Arestis (Ponente), "Bezpečností softwarová asociace c. Ministerstvo kultury" (ECLI: EU:C:2010:816), aptdos. (36) y (37).

5. Alcance de la protección de la creación publicitaria mediante derecho de autor

Seguramente, la verdadera relevancia de la tesis aquí defendida acerca de las creaciones (propuesta creativa, concepto y creatividad, así como ideas que componen el discurso publicitario y los recursos de contenido y forma escogidos para su presentación) que merecen ser consideradas creaciones publicitarias protegibles por medio de derecho de autor reside en el alcance de su tutela. Y así se comprueba en cuanto se perfilan las realizaciones comprendidas en el ámbito objetivo sobre el que se extienden los derechos atribuidos al autor o autores de la creación publicitaria protegida.

No existe norma que aborde esta cuestión, como tampoco hay una norma general que la aborde en la LPI. Para su determinación habrá que estar a la singularidad de la naturaleza de las creaciones publicitarias como creaciones protegibles, a la que están vinculados los aspectos más característicos de las modalidades de explotación que pueda recibir. Bajo este aspecto, la singularidad de las creaciones publicitarias radica en su condición de creación precursora de otras. Esta condición se proyecta, por una parte, sobre la colección de piezas publicitarias que encarnarán la campaña publicitaria y sobre la forma en que se relacionarán y coordinarán las unas con las otras en la obra literaria, artística o, si acaso, científica que una vez producido constituirá el anuncio o elemento publicitario acabado y listo para su difusión, a las que traslada el discurso publicitario ideado y los recursos escogidos para su presentación y desarrollo. Y se proyecta, por otra parte, sobre las exigencias y retos que plantea su efectiva protección en atención a esta concreta condición de creación precursora de otras.

La condición de creación intelectual precursora, que no parte integrante, de una obra literaria, artística o científica no constituye, en realidad, ninguna novedad sustantiva ni sistemática en nuestro ordenamiento sobre derecho de autor. En efecto, el catálogo de obras protegibles del art. 10.1 de la LPI incluye creaciones que poseen esta misma condición, como son los ensayos o bocetos de las obras plásticas, los proyectos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería, como también lo hacen el art. 96.1 II inciso primero de la LPI, respecto de la documentación preparatoria de los programas de ordenador y, de forma implícita, los arts. 87 y 88.2 de la LPI, respecto del argumento, adaptación y guion de las obras audiovisuales. En esta línea se orienta, por otra parte, el reconocimiento jurisprudencial de la protegibilidad mediante

derecho de autor de los llamados formatos de televisión[41], los argumentos[42] o los personajes de obras de ficción[43].

Por su parte, las necesidades de protección o, para ser más próximo a la realidad, los intereses legítimos de los creativos publicitarios más típicamente comprometidos y necesitados de tutela coinciden asimismo con los que típicamente se presentan en la mayor parte de estas creaciones precursoras expresamente incluidas entre las obras protegibles, especialmente los argumentos, guiones y formatos de televisión[44]. Como en ellos, la modalidad de explotación inconsentida que más intensamente compromete esos intereses no es la reproducción, esto es, la realización de copias totales o parciales de la pieza publicitaria en cuestión a partir de su soporte original o de otras copias del soporte original del concepto publicitario o de la creatividad, ni la distribución de esas copias ni la comunicación al público de copias o del original. Lo es la apropiación del concepto publicitario, de las ideas (de contenido y forma) que constituyen el resultado del esfuerzo intelectual, del genio del creativo publicitario, y se plasman en el discurso publicitario y en los recursos de que se vale, apropiación que acaece mediante su utilización no consentida para producir una campaña, una parte de ella o un elemento publicitario, que no necesita en absoluto de ejemplares del concepto publicitario ni de la creatividad, puesto que se deducen con facilidad de la contemplación de su ejecución consentida (del anuncio gráfico que contiene un dibujo o fotografía o del que contiene un eslogan, del spot publicitario que consta de la sucesión de imágenes y sonido, etc.) y a cuya prevención responde sin duda la prohibición de emplear las ideas creativas que pesa sobre el anunciante (art. 14 inciso primero LGP). En este sentido, la creación publicitaria se abstrae del anuncio como ejecución concreta de un concepto publicitario y obra acabada obtenida a partir de la guía que procura la creatividad, esto es y del modo en que apunté antes, se separa de la obra audiovisual que es la película publicitaria, de la obra fotográfica que es la fotografía publicitaria, etc., y naturalmente de las prestaciones relacionadas protegibles por medio de los derechos afines de la Directiva 2001/29/CE, como son por ejemplo las grabaciones audiovisuales en que se fijan las películas publicitarias o los fonogramas en que se fijan los jingles, para aproximarse a las ideas (que no identificarse con ellas) y, en sentido opuesto, descender hasta los elementos individualizados que las encarnan en lo que se viene denominado discurso publicitario y recursos de contenido y forma escogidos para su presentación.

Como en el caso del argumento, guion o formato de televisión, la explotación inconsentida de las creaciones publicitarias se presenta en la práctica bajo la forma de transformación (arts. 17 y

---

[41] SSTS, 1ª, núm. 588/2014 de 22 de octubre, Magistrado Ponente: Rafael Sarazá Jimena, "A todo corazón" (ECLI: ES:TS:2014:4623), que define el formato precisamente como "conjunto de elementos técnicos e intelectuales destinados a la realización de un programa de televisión", y núm. 792/2010 de 9 de diciembre, Magistrado Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel, "La botica de la abuela" (ECLI: ES:TS:2010:7202), a las que se puede sumar la SAP Madrid, Civil 28ª, 20.9.2016, Magistrado Ponente: Ángel Gago Peco, "Pasapalabra" (ECLI: ES:APM:2016:12100), confirmada, en los extremos recurridos solo relativos a la indemnización de daños y perjuicios, por STS, 1ª, núm. 30 septiembre, Magistrado Ponente: Rafael Sarazá Jimena, "Pasapalabra" (ECLI: ES:TS:2019:2852). Entre los autores, Alfonso GONZÁLEZ GOZALO (2001), con otras citas.

[42] SAP Madrid, Civil 28ª, 8.4.2011, Magistrado Ponente: María de los Ángeles Rodríguez Alique, "Corazones púrpuras" (ECLI: ES:APM:2011:2697).

[43] STS, 1ª, núm. 663/1999 de 15 de julio, Magistrado Ponente: Alfonso Barcala Trillo-Figueroa, "Los Mundos de Yupi" (ECLI: ES:TS:1999:5135), y SAP Barcelona, Civil 15ª, 28.5.2003, Magistrado Ponente: Jordi-Lluis Forgas Folch, "Lara Croft" (AC 2003\960).

[44] Gerhard SCHRICKER (1996), págs. 824 y 825.

21 LPI). Esta modalidad de explotación se ha caracterizado recientemente, de forma clara y precisa, por referencia a la reconocibilidad de la obra preexistente en la obra derivada debida a la presencia de coincidencias esenciales en los contenidos (que la doctrina especializada ha relacionado comúnmente al ámbito de las ideas[45]) y, en particular, en los elementos conceptuales que articulan la creación preexistente (como son, predicados de un guion, la "*concepción de las características de los personajes*", "*los hitos esenciales en torno a los cuales aparece vertebrado el relato*" o los "*elementos fundamentales de la historia que esta* [la obra preexistente] *relata*"), y no en su expresión formal, aun cuando aquella incorpore otros elementos creativos y originales propios ("*aportaciones sustanciales*") también relacionados con los aspectos conceptuales ("*la idiosincrasia y el diseño de las características singulares de los personajes*")[46].

Esta caracterización de lo protegible en una obra frente a su transformación, aplicada a nuestro caso, implica que, a pesar de la presencia de aportaciones sustanciales incorporadas en las artes finales con ocasión de su producción, las aportaciones intelectuales fundamentales de una creación publicitaria —aquellas que, como los hitos del relato o historia y las características o idiosincrasia de los personajes, articulan el discurso publicitario y le prestan individualidad— admiten formas de expresión diversas sin perder por ello su individualidad, configuran los elementos fundamentales del discurso publicitario y sus recursos, aquellos que hacen reconocible a una campaña publicitaria en otra anterior o a un elemento publicitario en otro anterior, y tienen expresión en la propuesta creativa en su conjunto, así como en la creatividad e incluso pueden hallarse, según sea su grado de desarrollo formal, en el concepto publicitario. En suma, los contenidos, esto es, las ideas o discurso publicitario y los recursos asociados que individualizan el concepto publicitario y la creatividad son la sustancia de la creación publicitaria y como tal son objeto de derecho de autor.

Sin perjuicio de ello, en cada caso habrá de comprobarse, como es lógico, si los recursos que se diga que encarnan la singularidad del discurso publicitario son identificables de forma clara, precisa y objetiva, lo que es tanto como preguntarse y comprobar si solo encarnan ideas en sí o si, por el contrario, las expresan de forma adecuada para realizar una campaña o un elemento publicitario que integren sus aportaciones creativas fundamentales y características, en los que también serán reconocibles a pesar de recibir una expresión formal distinta. La cuestión planteada no es desconocida en el ámbito del derecho de autor general. Se trata, en efecto, de deslindar entre la idea abstracta o genérica, que admite expresiones o ejecuciones formales tan alejadas como para no reconocer en unas a las otras y que no merece protección mediante derecho de autor, por una parte, y, por otra, la idea tratada, desarrollada y concretada formalmente hasta el punto de anticipar su expresión o ejecución, de guiar su concreción formal hasta un resultado previsible y reconocible como lo es sustancialmente en el original, que merece protección, como se ve en relación con una película publicitaria que se reconoce protegida por medio de derecho de autor, y su infracción resulta precisamente de la coincidencia del esquema general, configuración formal, personajes, etc., o más sencillamente de los recursos que componen e hilan el discurso publicitario[47].

---

[45] Rafael SÁNCHEZ ARISTI (2000), págs. 27, 29, con otras referencias. Y especialmente sobre su protección mediante derecho de autor, Ulrich LOEWENHEIM (2020), § 2 UrhG, Rn. 78, 80.

[46] SAP Madrid, Civil 28ª, 19.10.2020, Magistrado Ponente: Pedro María Gómez Sánchez, "La reina de España" (ECLI:ES:APM:2020:12903).

[47] SAP Barcelona, Civil 15ª, 25.2.2020, Magistrado Ponente: José María Fernández Seijo, "Dial Vision" (ECLI: ES:APB:2020:1094), en cuanto transcribe y confirma el razonamiento de la sentencia de instancia (JMer

Las consecuencias de la redefinición del alcance de la protección jurídica de las creaciones publicitarias que se defiende y en particular su extensión a las ideas publicitarias en los términos que se han dicho no se hacen esperar. De lo dicho se sigue, en efecto, que la utilización de esas ideas o, si se prefiere, de los elementos fundamentales y caracterizadores del discurso publicitario y los recursos que las expresan no habrá de ser combatida como acto de competencia desleal y en particular de imitación u obstaculización desleal, que no es una tarea sencilla[48], sino como acto de infracción de los derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor, que posee sin duda un postulado más favorable a la protección, una base objetiva más sólida y una estructura más liviana. Un postulado más favorable a la protección, porque el punto de partida es la reserva de la explotación económica de la creación intelectual, este caso de las creaciones publicitarias, frente a la legitimidad de principio tanto de la interferencia concurrencial en la actividad de otro como, en particular, de la imitación. Una base más sólida, porque comprobar la presencia de los requisitos exigidos para que una creación intelectual tenga reconocida la condición de obra protegible por medio de derecho de autor es una operación típicamente más sencilla y segura que establecer la presencia de aquellos que debe tener una prestación (singularidad competitiva, implantación en el mercado, atesoramiento de reputación) o actividad (ventaja competitiva de la que se tiene la expectativa legítima de explotar sin interferencia de otro) para ser protegidas frente a la imitación o la obstaculización desleales. Y, en fin, una estructura más liviana, porque la actuación del derecho de autor exige menos condiciones para estimarse producida que las exigidas en materia de competencia desleal. En particular, la afirmación de que se ha cometido una infracción de la protección las ideas que residen y se expresan a través de la propuesta creativa y sus elementos no exige comprobar ninguna otra circunstancia distinta de la efectiva utilización de las ideas protegidas (de los elementos fundamentales y caracterizadores del discurso publicitario y sus recursos) en cualquier forma o modalidad de explotación comprendida entre los derechos económicos, como por el contrario se exige para afirmar la imitación desleal (que debe atender, por ejemplo, al modo en que se produce la imitación, a la concurrencia en el mercado de original e imitación y al momento en que se produce el aprovechamiento de la prestación imitada) o la obstaculización desleal (que debe atender a la injerencia en la posición competitiva y a las legítimas expectativas de aprovechamiento así como a la falta de justificación concurrencial).

6. Aplicación del régimen jurídico general sobre derecho de autor

En lo demás y por virtud de la remisión final del art. 21 I de la LGP, la protección jurídica de las creaciones publicitarias mediante derecho de autor queda sujeta al régimen establecido con carácter general en la LPI. Esta remisión se extiende, entre otros extremos, a los requisitos materiales que deben concurrir para merecer esa protección y la atribución de la titularidad de la protección como en relación con el contenido de esa protección, si bien respecto de esto último

núm. 2 de Barcelona): "Las similitudes con los anuncios referidos son muy elevadas, esas similitudes se producen en los mismos tiempos y la duración de los anuncios es muy similar, como lo es la estructura de los relatos que estructuran cada uno de los anuncios, con diálogos muy parecidos y mensajes casi idénticos. Son parecidas las actitudes de los personajes además del contexto, planos, las secuencias, los escenarios, iluminación, ángulos y la gama cromática, la velocidad y velocidad y los movimientos de la cámara".

[48] Anxo TATO (2017), págs. 32 a 39.

se establece una norma especial, como es la presunción de cesión de los derechos de explotación (art. 21 II *in fine* LGP).

6.1. Requisitos sustantivos para la efectiva protección de las creaciones publicitarias mediante derecho de autor

Naturalmente, la comprobación de que la propuesta creativa y sus componentes tienen el grado de definición suficiente para guiar la realización de una obra que posea sus elementos o recursos fundamentales (que articulan el discurso publicitario) y en los que sean reconocibles de forma clara, precisa y objetiva, a pesar de la posible presencia de otras contribuciones creativas por regla general incorporadas en la etapa de ejecución, no es bastante para afirmar su protección mediante derecho de autor. Para ello es necesario que reúnan las condiciones o requisitos exigidos con carácter general para que una creación intelectual que por su naturaleza es protegible quede en efecto protegida, por lo que ahora interesa, mediante la atribución del derecho exclusivo a controlar su explotación, como son su condición de creación humana, original y expresada en un soporte tangible o intangible.

Ninguna especialidad presentan estos requisitos en el ámbito de las creaciones publicitarias, aunque no está de más recordar ahora la forma en que la originalidad, seguramente el factor crítico para su protección mediante esta modalidad de propiedad intelectual, ha sido perfilada por la jurisprudencia de la Unión. En particular, el TJUE concibe la originalidad como creación intelectual propia de su autor[49] y, más en particular, como expresión de su genio y capacidad creativa[50] que refleja su personalidad en la obra mediante decisiones libres y creativas[51] que, de forma acumulada o alternativa, determinan la concepción de la creación, su ejecución o ambas[52], pero también —lo que puede ser de especial relevancia en creaciones destinadas a servir a un fin práctico como es propio de la publicidad— en la forma de abordar la materia y el modo expresivo seleccionado[53]. La presencia de estas condiciones habrá de apreciarse caso por caso, y para ello habrá que tener en cuenta "*todos los elementos del caso concreto, tal y como existían durante la concepción de ese objeto, independientemente de los factores exteriores y posteriores a la concepción de ese objeto*"[54]. Al efecto es obligado dar especial relevancia precisamente a lo característico de la creación publicitaria, como es su naturaleza funcional, y en particular su finalidad persuasiva o institucional, su sustancia, condensada en el discurso publicitario y en los recursos de

[49] SSTJUE, Gran Sala, 13.11.2018, asunto C-310/17, M. Vilaras (Ponente), "Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV" (ECLI: EU:C:2018:899), aptdo. (36); 4ª, 16.7.2009, asunto C-5/08J. Malenovský (Ponente), "Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening" (ECLI: EU:C:2009:465), aptdo. (48).

[50] STJUE. 5ª, 11.8.2020, asunto C-833/18, E. Juhász (Ponente), "SI y Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get" (ECLI: EU:C:2020:461), aptdo. (34).

[51] STJUE, 3ª, 12.9.2019, asunto C-683/17, M. Vilaras (Ponente), "Cofemel - Sociedade de Vestuário, S.A. c. G-Star Raw CV" (ECLI: EU:C:2019:721), aptdos. (30), (31) y (54).

[52] Implícito en STJUE, 5ª, 11.8.2020, asunto C-833/18, E. Juhász (Ponente), "SI y Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get" (ECLI: EU:C:2020:461), aptdo. (37). Y, entre los autores, Rodrigo BERCOVITZ (2017), pág. 162.

[53] STJUE, 4ª, 16.7.2009, asunto C-5/08, G. Arestis (Ponente), "Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening" (ECLI: EU:C:2009:465), aptdo. (44).

[54] STJUE, 5ª, 11.8.2020, asunto C-833/18, E. Juhász (Ponente), "SI y Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get" (ECLI: EU:C:2020:461), aptdo. (37).

contenido y forma de que se vale para alcanzar los objetivos (persuasivos o institucionales) considerados[55].

Como se ve, la cuestión que, bajo este aspecto, suscita la protección de la creación publicitaria es un clásico en el temario de los problemas difíciles del derecho de autor, en el que viene a ocupar asiento al lado de la protección de los formatos de TV. Y, como sucede en estos casos, son más las ocasiones en que el conflicto se dirime negando la protección, por considerarse que la pretendida creación publicitaria reproducida sin autorización es una idea genérica o, al menos, no suficientemente perfilada desde un punto de vista formal[56], aunque en no pocas ocasiones el razonamiento apunta sobre todo a la previa generalización del uso de la idea que inspira la pieza publicitaria imitada, desdibujándose así los lindes entre la negación general de la tutela de las ideas en sí y el rechazo particular de la protección de las elaboraciones formales de ideas que alcanzan la concreción necesaria para ser obras, pero carecen de la originalidad necesaria[57].

6.2. Atribución de la protección y presunción de cesión de derechos de explotación

La atribución de la titularidad originaria de la protección jurídica de las creaciones publicitarias mediante derecho de autor sigue las reglas generales de la LPI, con las dos excepciones siguientes: la presunción de cesión exclusiva de los derechos de explotación sobre la creación publicitaria protegida al anunciante o a la agencia de publicidad que haya sido comitente en el contrato de creación publicitaria correspondiente, prevista en el art. 21 II de la LGP[58], y la exclusión del reconocimiento de los derechos de remuneración propios de los autores de obras audiovisuales a los que lo sean de obras de esta clase que tengan carácter publicitario, establecida en el art. 90.6 in fine de la LPI.

La parquedad del tratamiento de esta materia no debe hacer pensar que sea una cuestión fácil. No lo es, en primer término, la determinación de la autoría y, con ello, la titularidad y convivencia de los derechos sobre las distintas concreciones que, como creación evolutiva en la que interviene una pluralidad de sujetos, tiene la creación publicitaria desde el concepto publicitario hasta el arte final, pero esta es cuestión que presenta puntos en común con aquellas obras que he denominado "precursoras" de otras obras y merece su propio estudio.

Y otro tanto ha de decirse de la presunción de cesión de derechos, que no es ciertamente la que subyace a la prevista para las obras colectivas (art. 8 LPI) ni la correspondiente a las creaciones asalariadas (art. 51 LPI), sino un supuesto de cesión de derechos sobre obra de encargo que, como es sabido, carece de una regulación general y del que conviene reparar en su limitación a los fines previstos en el contrato de creación publicitaria. Puesto este extremo en relación con lo que se ha dicho, no solo sobre los aspectos o elementos de la creación publicitaria protegidos por medio

---

[55] Un apunte en este sentido se encuentra en José M.ª DE LA CUESTA (2002), pág. 101.

[56] RJP, Sección Tercera, de 27 de diciembre de 2005, "Cranium/Party & Co", y otros pronunciamientos judiciales y resoluciones del Jurado de la Publicidad citados por Anxo TATO (2017), págs. 9 a 10.

[57] RJP, Sección Primera, de 20 de enero de 2003, "Danissimo", y otros pronunciamientos judiciales y resoluciones del Jurado de la Publicidad citados por Anxo TATO (2017), págs. 6 a 7.

[58] Anxo TATO (2017), págs. 13 a 16.

de derecho de autor sino también sobre el alcance de esa protección y de forma singular el que tienen las ideas publicitarias que puedan trasladarse a las artes finales por medio de expresiones distintas, parece evidente que la omisión o la imprecisión de la determinación de los fines del contrato de creación publicitaria puede haber dejado en la carteta de derechos de los creativos un dominio considerable sobre la explotación de sus ideas. Pero esto también merece su propio estudio.

7. Bibliografía

Rodrigo BERCOVITZ (2017), "Art. 10.1", en Rodrigo BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, págs. 159 y ss.

José M.ª DE LA CUESTA (2002), *Curso de Derecho de la publicidad,* EUNSA, Pamplona.

Carlos FERNÁNDEZ NOVOA (1989), "La protección jurídica de las creaciones y obras publicitarias", en *Estudios de Derecho de la publicidad. Homenaxe da Facultade de Dereito ó autor Dr. Carlos Fernández-Novoa. Catedrático de Dereito mercantil nos XXV anos de cátedra, Universidad de Santiago Compostela*, Santiago de Compostela, 1989, págs. 235 y ss.

Miguel A. FURONES (1980), *El mundo de la publicidad*, Salvat, Barcelona.

Carmen GARCÍA PÉREZ (2009), "Comentario a los artículos 15, 16, 17 y 18", en Emilio LÁZARO (coord.), *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Civitas - Thomson Reuter, Cizur Menor, págs. 316 y ss.

M.ª Ángeles GONZÁLEZ LOBO y M.ª Dolores PRIETO DEL PINO (2009), *Manual de publicidad*, ESIC, Madrid.

Alfonso GONZÁLEZ GOZALO (2001), "La tutela de los formatos televisivos", *Pe I.*, núm. 9, 2001, págs. 29 y ss.

Rafael JIMÉNEZ DE PARGA (2003), "Protección de las creaciones publicitarias", *en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Civitas, pág. 5919 y ss.

Emilio LÁZARO (2009), "Comentario a los artículos 22 y 23", en Emilio LÁZARO (coord.), *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Civitas - Thomson Reuter, Cizur Menor, pág. 383 y ss.

Ulrich LOEWENHEIM (2020), en Ulrich LOEWENHEIM, Matthias LEITSNER y Ansgar OHLY, (eds.), *Schricker / Loewenheim Urheberrecht*, 6.ª ed., C.H. Beck, Munich.

Luis A. MARCO ARCALÁ (2014), "La contratación publicitaria (I): los contratos de publicidad y de difusión publicitaria", en José A. GARCÍA CRUCES (dir.), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 2041 y ss.

Concepción SAIZ (1998), "Las obras audiovisuales de carácter publicitario y el Derecho de autor", *ADI*, 1998, págs. 245 y ss.

Rafael SÁNCHEZ ARISTI (2000), "Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual", *Pe. i.*, núm. 4, 2000, págs. 25 y ss.

Rafael SÁNCHEZ ARISTI (2020), en Rodrigo BERCOVITZ y otros (coord.), *Tratado de contratos*, T. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 5983 y ss.

Gerhard SCHRICKER (1996), "Die Urheberrechtsschutz von Werbeschöpfungen, Webeideen, Werbekonceptionen und Werbekampagnen", *GRUR*, 1996, págs. 815 y ss.

Gerhard SCHRICKER (2004), "Werbekonceptionen und Fernsehformaten. Eine Herausforderung für den urheberrechtlichen Werkbegriff?", *GRUR Int*, 2004, págs. 923 y ss.

Anxo TATO (2017), "La protección de las creaciones publicitarias", *InDret*, 1/2017 (www.indret.com).

8. Tabla de sentencias citadas

Sala y Fecha	*Fuente*	*Magistrado Ponente*	*Partes*
STJUE, 4ª, 16.7.2009, asunto C-5/08	*ECLI:EU:C:2009:465*	*J. Malenovský*	*Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening*
STJUE, 3ª, 22.12.2010, asunto C-393/09	*ECLI:EU:C:2010:816*	*G. Arestis*	*Bezpečností softwarová asociace c. Ministerstvo kultury*
STJUE, Gran Sala, 2.5.2012, asunto C-406/10	*ECLI:EU:C:2012:259*	*G. Arestis*	*SAS Institute Inc. contra World Programming Ltd*
STJUE, Gran Sala, 13.11.2018, asunto C-310/17	*ECLI:EU:C:2018:899*	*M. Vilaras*	*Levola Hengelo BV c. Smilde Foods BV*
STJUE, Gran Sala, 29.7.2019, asunto C-469/17	*ECLI:EU:C:2019:623*	*M. Ilešič*	*Funke Medien NRW GmbH c. Bundesrepublik Detschland*
STJUE, 3ª, 12.9.2019, asunto C-683/17	*ECLI:EU:C:2019:721*	*J. Malenovský*	*Cofemel - Sociedade de Vestuário, S.A. c. G-Star Raw CV*
STJUE, 5ª, 11.8.2020, asunto C-833/18	*ECLI:EU:C:2020:461*	*E. Juhász*	*SI y Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get*
STS, 1ª, núm. 663/1999 de 15 de julio	*ECLI:ES:TS:1999:5135*	*A. Barcala Trillo-Figueroa*	*"Los Mundos de Yupi"*
STS, 1ª, núm. 792/2010 de 9 de diciembre	*ECLI:ES:TS:2010:7202*	*J. R. Ferrándiz Gabriel*	*"La botica de la abuela"*
STS, 1.ª, núm. 588/2014 de 22 de octubre	*ECLI:ES:TS:2014:4623*	*R. Sarazá Jimena*	*"A todo corazón"*
STS, 1ª, núm. 504/2019 de 30 septiembre	*ECLI:ES:TS:2019:2852*	*R. Sarazá Jimena*	*"Pasapalabra"*
SAP Barcelona, Civil 15ª, 28.5.2003	*AC 2003\960*	*J.-Ll. Forgas Folch*	*"Lara Croft"*
SAP Barcelona, Civil 15ª, 25.2.2020	*ECLI:ES:APB:2020:1094*	*J. Mª Fernández Seijo*	*"Dial Vision"*
SAP Madrid, Civil 28ª, 11.1.2007	*ECLI:ES:APM:2007:625*	*R. Sarazá Jimena*	*"Comunicación persuasiva"*
SAP Madrid, Civil 28ª, 11.10.2007	*ECLI:ES:APM:2007:14578*	*E. García García*	*"Lotería Elegida"*
SAP Madrid, Civil 28ª, 8.4.2011	*ECLI: ES:APM:2011:2697*	*Mª Á. Rodríguez Alique*	*"Corazones púrpuras"*
SAP Madrid, Civil 28ª, 20.9.2016	*ECLI:ES:APM:2016:12100*	*Á. Gago Peco*	*"Pasapalabra"*
SAP Madrid, Civil 28ª, 19.10.2020	*ECLI:ES:APM:2020:12903*	*P. Mª Gómez Sánchez*	*"La reina de España"*

InDret
2.2021

Rubén de los Bueis Castañares
Universidad de Deusto

Una visión panorámica de la regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en el texto refundido de la Ley Concursal y en la Directiva (UE) 2019/1023

Sumario

-

En el presente trabajo se aborda el nuevo paradigma del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho (BEPI) tras la promulgación de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia, la aprobación del texto refundido de la Ley Concursal y la normativa de emergencia dictada a raíz de la pandemia.

Sin perjuicio de que el nuevo texto refundido incorpore novedades de redacción y matizaciones significativas respecto de la regulación anterior del BEPI, el legislador español deberá acometer importantes reformas para transponer correctamente la Directiva y cumplir así con el mandato europeo.

Abstract

-

This paper addresses the new paradigm of the benefit from the discharge of unsatisfied liabilities after the enactment of Directive (EU) 2019/1023, on restructuring and insolvency, the approval of the consolidated text of the Bankruptcy Law and regulations dictated because of the pandemic.

Without prejudice to the fact that the new consolidated text incorporates drafting changes and significant qualifications with respect to the previous benefit from discharge of unsatisfied liabilities regulation, the Spanish legislator must undertake important reforms to correctly transpose the Directive and thus comply with the European mandate.

Title: *A panoramic view of the regulation of the benefit from the discharge of unsatisfied liabilities in the consolidated text of the Bankruptcy Law and in the Directive (EU) 2019/1023.*

-

Palabras clave: texto refundido de la Ley Concursal, transposición de la Directiva 2019/1023, exoneración del pasivo insatisfecho, segunda oportunidad.
Keywords: *consolidated text of the Bankruptcy Law, transposition of the Directive 2019/1023, discharge of debt, second chance.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i2.02

InDret

2.2021

Recepción
27/10/2020
-
Aceptación
01/08/2021
-

Índice

-

1. Origen y evolución normativa del Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho
2. La regulación del Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho en el texto refundido de la Ley Concursal y su conciliación con la normativa de emergencia
2.1. Ámbito de aplicación
2.2. Régimen general
a. Presupuesto subjetivo
b. Presupuesto objetivo o procedimental
c. Procedimiento para la obtención de la exoneración
d. Alcance de la exoneración
e. Revocación de la exoneración
2.3. Régimen especial
a. Presupuesto subjetivo
b. Presupuesto objetivo o procedimental
c. Procedimiento para la obtención de la exoneración
d. Alcance de la exoneración provisional
e. Revocación de la exoneración provisional
f. Exoneración definitiva
2.4. Efectos comunes
3. La transposición de la Directiva 2019/1023. Propuestas de Reforma.
3.1. Ámbito subjetivo de la Directiva
3.2. Régimen de exoneración del pasivo insatisfecho
a. Régimen de plena exoneración. Adecuación del plan de pagos
b. Plazo de exoneración
c. Pasivo no exonerable
4. Consideraciones finales
5. Bibliografía

-

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

1. Origen y evolución normativa del Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho

La crisis económica y financiera de 2008 puso en evidencia las carencias del derecho de insolvencias comunitario, en concreto, la falta de armonización normativa entre los sistemas de insolvencia de cada Estado Miembro y la imperiosa necesidad de que el legislador europeo regulara marcos efectivos de reestructuración preventiva y medidas que amortiguasen los devastadores efectos del concurso de acreedores.

En efecto, en el momento en el que estalló la crisis, la armonización solo se había conseguido parcialmente en un ámbito procesal, a través del Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo[1], en el que se regulaban cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia.

Esta falta de armonización favoreció la existencia de diferencias relevantes entre los distintos derechos de insolvencias europeos en el modo de regular los mecanismos que permitiesen al deudor superar, o al menos minimizar, los efectos del concurso. Como era de esperar, dicha heterogeneidad de procedimientos y soluciones concursales trajo consigo el auge del denominado *forum shopping* y, por consiguiente, el debilitamiento del mercado interior.[2]

Con la publicación de la Recomendación 2014/135/UE, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial[3], la Comisión Europea trató de animar a los Estados miembros a establecer un marco común que permitiese la reestructuración eficiente de las empresas viables con dificultades financieras, y brindase una segunda oportunidad a los empresarios honrados, con el fin de fomentar el espíritu empresarial, la inversión y el empleo, y contribuir así a reducir los obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior.

Sin embargo, el instrumento escogido para materializar dicho objetivo no resultó ser el adecuado[4], y la pretendida armonización fracasó. En este sentido, se ha de recordar que las recomendaciones de la Comisión Europea, a diferencia de los reglamentos o las directivas europeas no tienen un carácter vinculante para los Estados miembros, por lo que cualquier iniciativa de armonización que se pretenda realizar a través de una recomendación resulta ilusoria. Así se desprende del informe sobre la evaluación de la implementación de dicha recomendación por los Estados miembros elaborado por la propia Comisión de 30 de septiembre de 2015[5], en el que se indica expresamente que los Estados miembros asumieron solo parcialmente las directrices de la recomendación y que aún subsistían diferencias importantes entre las normas de insolvencias de cada Estado.

---

[1] El Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia. (DOCE, nº 160, de 30.06.2000) fue derogado en virtud del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia. (DOUE, núm. 141, de 5.06.2015).

[2] (CUENA CASAS, 2019, págs. 40-45).

[3] Recomendación de la Comisión Europea de 10 de octubre de 2014, relativa al modelo de evaluación del impacto sobre la protección de datos para redes inteligentes y para sistemas de contador inteligente. (DOUE nº 300, de 18.10.2014).

[4] (CARPUS CARCEA, 2015, págs. 299 y ss.).

[5] Official Journal of the European Union "Evaluation of the implementation of the Commission Recommendation of 12.03.2014 on a new approach to business failure and insolvency" version online: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0135&from=FR (última consulta 05.04.2021)

En España, la publicación de la recomendación aceleró la aprobación de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social,[6](en adelante, Ley de Segunda Oportunidad).

Con la publicación de esta norma, se modificó el régimen de segunda oportunidad instaurado previamente por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización[7], introduciendo de esta forma en nuestro ordenamiento, una posibilidad excepcional de exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de persona física. A este respecto, cabe señalar que la Ley de Segunda Oportunidad fue elaborada con el propósito de paliar las deficiencias del régimen anterior que, si bien es cierto que introdujo por primera vez un procedimiento orientado a la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (en adelante, BEPI), en realidad, otorgaba un trato de favor a los empresarios respecto de los consumidores, que hacía que estos últimos no pudiesen acceder al mismo en iguales condiciones dado que no se les permitía acudir al acuerdo extrajudicial de pagos (en lo sucesivo, AEP). Este texto legislativo trajo consigo el art. 178 bis LC[8] – actualmente refundido en los arts. 486 y ss. del texto refundido de la Ley Concursal[9] – ampliando los supuestos de remisión de la deuda establecidos en la Ley 14/2013 y permitiendo al deudor persona natural no empresario[10] acceder al mecanismo de la segunda oportunidad en condiciones similares a las del deudor persona natural empresario[11].

En definitiva, con la Ley de Segunda Oportunidad el legislador español posibilitó – tal y como se desprende de su exposición de motivos – que determinadas personas físicas en el seno de sus concursos de acreedores declarados tuviesen la posibilidad de quedar exoneradas de todas o parte de sus deudas impagadas, de suerte que pudiesen encarrilar nuevamente sus vidas e incluso arriesgarse a llevar a cabo nuevas iniciativas, "sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda" que nunca hubiesen podido satisfacer. De esta forma, se evita la aplicación indiscriminada del artículo 1.911 CC al empresario que, apostando por su negocio, hipoteca su futuro[12] y fracasa, otorgándosele así una segunda oportunidad para poder iniciar nuevas actividades – empresariales o no – en las que sus futuras ganancias no se destinaran directamente a la satisfacción de sus acreedores.

No son pocos los autores que han señalado que el BEPI contraría los principios generales del derecho de obligaciones, tales como; el principio de obligatoriedad de cumplimiento de los contratos o *pacta sunt servanda* (art. 1.091 CC), el principio de autonomía de la voluntad (art.

[6] Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE nº 180, de 29.07.2015). (En adelante, Ley de Segunda Oportunidad).
[7] Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE, nº 223, de 28.09.2013).
[8] Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal -derogada- (BOE, nº 164, de 10.07.2003) (en adelante, LC).
[9] Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (BOE, nº 127, de 07.05.2020) (en adelante, TRLC).
[10] El art. 242.2.5 LC antes de ser modificado por la Ley de Segunda Oportunidad establecía en su apdo. 5º que; "En el caso de deudor empresario persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho Público siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados."
[11] (AYALA CANALES, 2017, págs. 10-12).
[12] (CUENA CASAS, 2017, págs. 239 y ss.).

1.255 CC) y el ya mencionado principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 CC).[13]

Sin embargo, no se pretende en este trabajo entrar a valorar las disquisiciones doctrinales que versan al respecto, sino analizar la regulación normativa del BEPI tras la aprobación del texto refundido de la Ley Concursal y la normativa de emergencia elaborada por el Ejecutivo, al tiempo que se analizan las futuras reformas que deberá acometer el legislador español para transponer correctamente la Directiva 2019/1023[14] en lo referente al mecanismo de la segunda oportunidad, y en particular, con relación al BEPI.

2. La regulación del Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho en el texto refundido de la Ley Concursal y su conciliación con la normativa de emergencia

El pasado 1 de septiembre entró en vigor el TRLC aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020 que, entre otras normas, derogó la hasta entonces vigente LC, y algunas – aunque no todas – de sus disposiciones adicionales y finales.

En el preámbulo del Real Decreto Legislativo 1/2020 se afirma que el Ejecutivo ha actuado con especial prudencia al elaborar el texto refundido para no franquear los límites de la encomienda de las Cortes Generales operada a través de la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales.[15] En efecto, esta delegación no habilitaba al Ejecutivo para regular *ex novo* en materia concursal, sino que únicamente le legitimaba para incorporar novedades de redacción y de sistematización normativa que contribuyesen a regular, aclarar y armonizar la normativa anterior. En cualquier caso, y en lo que ahora interesa, en este segundo apartado del trabajo no se efectuará un análisis exhaustivo sobre si el Ejecutivo ha sobrepasado o no los lindes de dicha encomienda,[16] sino que su contenido se centrará fundamentalmente en analizar la regulación normativa del BEPI en el TRLC y la normativa de emergencia.

En este sentido, conviene recordar que el mecanismo de la segunda oportunidad está integrado por tres fases:

i) Una primera fase contingente[17] en la que el deudor solicita el AEP;

---

[13] BELTRÁN EMILIO (coord.), *et al*. "*La reforma concursal*", III Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, en Zaragoza, 5 y 6 de mayo de 2011. En el capítulo "El concurso de persona física" PARRA LUCÁN, M.A. afirma que la evolución que ha experimentado el Derecho Concursal se ha dirigido a socavar el principio de responsabilidad universal. (págs. 119-200).

[14] Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (DOUE nº 172, de 26.06.2019) (en adelante, Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

[15] La disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (BOE, nº 125, de 26.05.2015), habilitó al Gobierno para aprobar un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio. No obstante, la finalización del plazo establecido para la refundición motivó que en la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (BOE, nº 45, de 21.02.2019), se incluyera una disposición final tercera que establecía un nuevo plazo para aprobar un texto refundido a propuesta de los Ministros de Justicia y del entonces denominado de Economía y Empresa. Esta autorización habilitaba al ejecutivo para regularizar, aclarar y armonizar los textos legales objeto de refundición.

[16] Dictamen del Consejo de Estado de 26 de marzo de 2020 sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el TRLC, nº de expediente 1127/2019, versión online: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-1127 (última consulta 05.04.2021).

[17] Con la aprobación del TRLC cualquier deudor que pretenda alcanzar el BEPI puede acudir al mecanismo de la segunda oportunidad sin tener que acudir previamente a la vía preconcursal para celebrar, o intentar celebrar, un

ii) Una segunda fase, en la que se tramita el concurso del deudor, y;
iii) Una tercera fase, en la que, liquidado su patrimonio, el deudor que solicite el BEPI y reúna los requisitos para acceder al mismo, podrá ver exonerado todo o parte del pasivo no satisfecho a sus acreedores.[18]

Pues bien, esta última fase del mecanismo de la segunda oportunidad aparece ahora regulada en el Capítulo II, del Título XI, del Libro I, en concreto, en los artículos 486 a 502 TRLC. Así, frente a la escasa y confusa regulación contenida en la derogada LC, en la que solo se destinaba un artículo a la regulación del BEPI (art. 178 bis LC), el nuevo texto refundido destina a esta materia diecisiete artículos, lo que ha permitido resolver gran parte de las dudas interpretativas que suscitaba la anterior regulación. Por otro lado, es preciso reparar en la regulación sistemática del BEPI, que pasa a estar incardinada en el Título XI, bajo la rúbrica de "la conclusión y de la reapertura del concurso de acreedores". Esta nueva sistematización normativa de la regulación del BEPI es acertada toda vez que su solicitud debe ser formalizada por el deudor en el trámite procesal inmediatamente anterior a la conclusión del concurso.

2.1. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación del BEPI aparece regulado en el art. 486 del TRLC. De conformidad con el citado precepto, la posibilidad de ser beneficiario del BEPI queda reservada a la persona natural, sin que se prevea ninguna distinción atendiendo a la condición de empresario o consumidor del deudor. En este sentido, al igual que sucedía con la regulación contenida en el ya derogado artículo 178 bis LC, se ha de entender que tanto el deudor persona física empresario como el deudor persona física consumidor pueden ser sujetos beneficiarios de la exoneración del pasivo insatisfecho.

Sin perjuicio de lo que se expondrá en el apartado tercero del presente trabajo, destinado a analizar la Directiva sobre reestructuración e insolvencia y su futura transposición en el ordenamiento jurídico español, cabe aclarar ahora que la meritada Directiva no contiene previsiones vinculantes en materia de sobreendeudamiento e insolvencia de los consumidores. Cuestión distinta es que el legislador español haya optado libremente – a mi juicio, de manera acertada – por incluir a los consumidores dentro del ámbito de aplicación del BEPI.

Por otro lado, tal y como se deduce del tenor del art. 486 TRLC, el concepto de deudor se ha de identificar con el de concursado. La exigencia de tramitar el concurso con carácter previo a la solicitud del BEPI responde a la necesidad de intentar solucionar las dificultades del deudor antes de proceder a la exoneración de sus deudas, y de que este proceso se desarrolle con las debidas garantías para los acreedores.[19]

La concesión del BEPI se supedita a la previa solicitud del deudor, lo que carece de sentido, toda vez que el único interés que tiene el deudor al instar su concurso es precisamente la posibilidad de obtener la condonación de la totalidad o parte de sus deudas. A este respecto, parece claro que la tramitación de oficio del BEPI contribuiría a la agilización de la recuperación del deudor y a

acuerdo extrajudicial de pagos.

[18] Los arts. 493 y 497 del TRLC excluyen expresamente de la exoneración a los créditos públicos y por alimentos tanto si el deudor satisface el umbral de pasivo mínimo previsto en el régimen general (exoneración por pago) como si se somete al régimen especial (exoneración con sujeción a un plan de pagos).

[19] (ESTEBAN RAMOS, 2020, págs. 300-306).

una mayor descongestión de la administración de justicia que, por otro lado, constituyen actualmente dos de los objetivos prioritarios del legislador para afrontar la crisis del Covid-19.[20]

Antes de pasar al siguiente apartado del trabajo, conviene precisar que el TRLC prevé dos regímenes distintos a través de los cuales el deudor puede alcanzar el BEPI; el régimen general (BEPI por pago) y el régimen especial (BEPI por sujeción a un plan de pagos), que presentan un presupuesto subjetivo común y un presupuesto objetivo distinto.

2.2. **Régimen General**

a. Presupuesto subjetivo

El presupuesto subjetivo se entenderá cumplido siempre que el deudor sea persona natural de buena fe. El art. 487 TRLC, al definir el ámbito subjetivo del BEPI lo circunscribe al deudor persona natural, sin distinguir si es o no empresario[21], y sin tener en consideración aspectos como la edad, el estado civil o cualesquiera otras circunstancias del deudor.[22]

Esta equiparación básica, propia de otras legislaciones, entre las personas naturales empresarias o profesionales y los consumidores, se cohonesta con la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, en concreto con el considerando 21 de la norma en el que se prevé expresamente que; "… aunque la presente Directiva no incluye normas vinculantes en materia de sobreendeudamiento de los consumidores, conviene recomendar a los Estados miembros que apliquen también a los consumidores, en el plazo más breve posible, las disposiciones de la presente Directiva en materia de exoneración de deudas."
Del tenor del art. 487 TRLC se desprende que la previa tramitación del concurso se alza como presupuesto indispensable para que el deudor pueda alcanzar el BEPI. Esto es, para que el deudor pueda acceder al BEPI debe haber sido declarado en concurso, declaración ésta, que no se producirá si no se constata previamente la existencia de una pluralidad de acreedores.

A este respecto, se ha de incidir en que el texto refundido de la Ley Concursal no alude expresamente a la pluralidad de acreedores al referirse al presupuesto objetivo del concurso e introduce dos alteraciones respecto a la redacción de la LC, que inciden en la consideración de si se requiere o no esa pluralidad de acreedores para la declaración de concurso. Así, por un lado, en el artículo 4 del TRLC, sobre el Ministerio Fiscal, se ha suprimido la referencia a la "pluralidad de acreedores" como requisito de la comunicación del Fiscal al Juez de la causa para que este

[20] La Ley 3/2020 de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE, nº 250, de 19.09.2020) modificada por el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19 (BOE, nº 62, de 13.03.2021) establece una serie de normas de agilización del proceso concursal, entre las que destacan; la no necesidad de celebración de vistas, la confesión de la insolvencia, la tramitación preferente de determinadas actuaciones tendentes a la protección de los derechos de los trabajadores, mantener la continuidad de la empresa y conservar el valor de bienes y derechos, así como la simplificación de determinados procedimientos, actos e incidentes, entre los cuales se encuentra el BEPI (art. 9).
[21] La derogada LC contemplaba en el art. 231.1 una definición de empresario a los exclusivos efectos de delimitar la competencia para tramitar los AEP., en los que se incluía no solo a quienes la legislación mercantil conceptuara como tales, sino también a quienes ejercieran actividades profesionales o tuviesen aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como a los trabajadores autónomos. Sin embargo, el TRLC distingue claramente entre el concepto general de empresario recogido en el art. 44, referido a quienes lo sean según la legislación mercantil, y el concepto de empresario recogido en el art. 638.4 (equivalente al art. 231.1 de la LC), que como se ha indicado previamente, solamente resulta de aplicación en el ámbito del AEP.
[22] (RUBIO VICENTE, 2011, págs. 242-250).

último comunique a los acreedores cuya identidad resulte de las actuaciones penales la existencia de hechos reveladores de insolvencia. Por otro lado, en el artículo 2.2 del mismo cuerpo normativo, sobre presupuestos subjetivos, no se incluye la referencia al deudor que se encuentra en estado de insolvencia "y que tiene una pluralidad de acreedores", tal y como figuraba en el texto de 2017. La práctica judicial deberá coordinar el tenor de estos preceptos con lo dispuesto en el artículo 465.2º TRLC, en el cual la inexistencia sobrevenida de una pluralidad de acreedores sí que se reconoce expresamente como causa de conclusión anticipada del concurso. En cualquier caso, se ha de tener presente que un proceso civil denominado "concurso" -precisamente por los acreedores que en él concurren-, no puede tener lugar si no se constata previamente la concurrencia de una pluralidad de acreedores. En otras palabras, la existencia de una pluralidad de acreedores ha de ser entendida como un requisito indispensable para que el deudor pueda ser declarado en concurso.

En línea con lo anterior, merece especial atención analizar las consecuencias prácticas resultantes de la inexistencia de una pluralidad de acreedores, pues en la realidad actual, son muy frecuentes los casos de consumidores en los que la única, pero importante deuda, es la que se mantiene con la entidad financiera por préstamos hipotecarios o por los créditos subsistentes tras la ejecución hipotecaria.[23]

En estos casos, la ausencia de una pluralidad de acreedores impide el acceso al BEPI a aquellas personas insolventes que, a pesar de reunir los demás requisitos que exige la ley para acceder al mismo, solo cuentan con un único acreedor. Esta problemática quedaría resuelta si se estableciera un mecanismo de segunda oportunidad al margen del procedimiento concursal, es decir, un mecanismo al que pudiera accederse una vez finalizada la fase de liquidación en un proceso concursal especial iniciado *ad hoc*, o en su caso, directamente cuando se constatase la inexistencia de una pluralidad de acreedores. Lo contrario llevará sin duda a generar artificialmente una pluralidad de acreedores para solicitar la declaración de concurso y tener así acceso al citado beneficio.

Por otro lado, como ya se ha señalado previamente, el deudor deberá ser de buena fe. A este respecto, conviene matizar que, a diferencia de lo que ocurría en la anterior regulación, el texto refundido determina la buena fe con base a criterios subjetivos. En efecto, el TRLC excluye la capacidad económica del deudor como uno de los elementos integradores de la buena fe, evitando así, al menos en parte[24], la discriminación del deudor que por su escasa capacidad económica se ve obligado a acudir al régimen especial sujetándose a un plan de pagos, frente a aquel deudor que puede abonar directamente el umbral mínimo de pasivo previsto en el art. 488 TRLC alcanzando así la exoneración por la vía del régimen general.

De acuerdo con el tenor del art. 487.2 TRLC, para que el deudor sea considerado de buena fe es preciso que concurran los siguientes requisitos:

i) La calificación no culpable del concurso

[23] (PARDO IBÁÑEZ, 2017, pág. 297).

[24] Aún sigue existiendo una cierta discriminación en este sentido, que está presente en el presupuesto objetivo especial y las causas de revocación de la exoneración por sujeción a un plan de pagos (régimen especial).

El primero de los requisitos que contempla el artículo 487.2 para verificar la buena fe del deudor es la calificación del concurso como fortuito.

No obstante, si el concurso hubiese sido declarado culpable por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, el juez podrá conceder el beneficio atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso. Se suprime de esta forma la referencia que el art. 178.3.1º LC hacía al dolo o culpa grave, al establecer que en estos casos el juez concedería el BEPI atendidas las circunstancias del caso concreto y "siempre que no se apreciare dolo o culpa grave del deudor." Esta excepción carecía de sentido, toda vez que, de acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, para que se declare el concurso culpable por incumplimiento del deber de solicitar oportunamente la declaración del concurso es preciso que el deudor hubiese incurrido en dolo o culpa grave.

Llegados a este punto, conviene aclarar la cuestión relativa a si este requisito ha de entenderse cumplido, o no, cuando el deudor haya sido declarado persona afectada por la calificación culpable de un concurso, no propio, sino de una sociedad. Al respecto, cabe afirmar que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia defienden que el hecho de que el deudor fuera administrador, apoderado o socio, y hubiese sido considerado persona afectada – o incluso cómplice – en la calificación del concurso de la sociedad, no incide en el concurso personal. Esto conduce a la conclusión de que la administración imprudente o dolosa de la sociedad no tiene impacto alguno en el concurso personal y, por ende, a que el deudor tiene la oportunidad de alcanzar el BEPI aunque la insolvencia provenga de las responsabilidades económicas derivadas de la condena en la sentencia de calificación del concurso de la sociedad.

Para evitar esta situación – evidentemente contraria a la finalidad de la norma – hay autores[25] que sostienen que debe entrar en juego la cláusula de culpabilidad del artículo 442 TRLC. A través de esta cláusula, el concurso de persona física podría calificarse como culpable si se entiende que la gestión culposa o dolosa que ha conducido a la calificación culpable del concurso de la sociedad ha generado o agravado también la insolvencia de la persona física.

ii) La conducta penalmente irreprochable del deudor

Para que el concursado pueda ser considerado deudor de buena fe, es necesario que no haya sido condenado en los 10 años anteriores a la declaración del concurso mediante sentencia firme por delitos relacionados con la falta de honestidad en la actividad empresarial, a saber: delitos contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los Trabajadores.

En relación con este requisito surge el problema de determinar que ocurre cuando se esté tramitando un proceso penal por alguno de los delitos antes mencionados. El propio artículo 487.2º TRLC dispone que; "Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender la decisión respecto a la exoneración del pasivo insatisfecho hasta que recaiga resolución[26] judicial firme" La respuesta que da la ley a esta situación es considerada por varios

[25] (CUENA CASAS, 2016, págs. 16 y ss.).

[26] Se modifica la anterior redacción que pecaba de falta de precisión, toda vez que obviaba el hecho de que los procesos penales pueden finalizar también por auto al establecer que "… el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme."

autores como desafortunada[27], apreciación que comparto, pues no resulta admisible que el proceso concursal quede paralizado hasta que se resuelva el proceso penal, toda vez que ello supone – dado el continuo retraso en la tramitación de procesos que experimenta en la actualidad el sistema judicial español – mantener hasta entonces la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor y no poder resolver sobre el BEPI.

Tal vez la solución más acertada hubiese sido la de permitir que se continúe con la tramitación de la solicitud del BEPI, pero incluyendo entre los motivos de revocación, el supuesto de que se llegue a dictar sentencia de condena firme en el proceso penal en trámite.

b. Presupuesto objetivo o procedimental

i) La satisfacción de un determinado umbral de pasivo

De conformidad con el art. 488 TRLC el deudor que pretenda acceder a la exoneración por la vía del régimen general deberá satisfacer un determinado umbral de pasivo: la totalidad de los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados. Como se puede comprobar este requisito excluye la aplicación del régimen general a aquellos supuestos de concursos con insuficiencia de masa.

ii) El previo intento de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos

El art. 488.1 TRLC dispone que, si el deudor reuniera los requisitos para poder hacerlo, es preciso que hubiera celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores. No obstante, el apartado segundo del citado precepto establece que, si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, podrá igualmente obtener el BEPI si en el concurso se hubieran satisfecho, además de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, al menos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.

Las dudas que suscitaba este requisito en su anterior regulación eran fundamentalmente dos; la determinación de su extensión subjetiva y el significado que ha de otorgársele al término «intentar».

Pues bien, el artículo 488 TRLC disipa todas las dudas interpretativas que se planteaban acerca de su predecesor, el artículo 178 bis 3.3º LC. En este sentido, se discutía si el requisito de intentar un AEP era exigible a todos los deudores concursados, o, por el contrario, sólo a aquellos que cumplían con los requisitos contemplados en el artículo 231.2 LC (actual art. 633 TRLC). El artículo 488 TRLC aclara esta cuestión al prever expresamente que el requisito de haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos solo le será exigible al deudor que reúna los requisitos para poder celebrarlo.

La misma matización está presente en el 491.2 del TRLC (anterior 178 bis 3.4º LC) en virtud del cual, si el deudor que reuniera los requisitos para poder celebrar un AEP no lo hubiera intentado, la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá solo al setenta y cinco por ciento del crédito ordinario y a la totalidad de los créditos subordinados, si bien, para alcanzar dicha exoneración

[27] (PARDO IBÁÑEZ, 2017, págs. 302 y ss.).

el deudor deberá haber abonado previamente todos los créditos contra la masa, los créditos privilegiados y el 25% de los créditos ordinarios.

No obstante, este requisito de celebrar o «intentar» un AEP debe ser objeto de una interpretación flexible y amplia[28], de modo que se entenderá que el AEP se ha intentado no sólo cuando no se logre, sea incumplido o sea anulado, sino también cuando la terminación anticipada no sea imputable a un hecho doloso o culposo del deudor. Por el contrario, no se entenderá por intentado en los casos de finalización por su desistimiento. Son numerosas las resoluciones judiciales que han tratado de perfilar que debe entenderse por intentar un AEP. En este sentido, cabe traer a colación la ya famosa SAP de la Rioja de 29 de julio de 2016[29] en la que se afirma que no se puede equiparar el concepto de «intentar» al de «tramitar formalmente», por lo que una propuesta de acuerdo en la que se plantea un 100% de quita de la deuda no se puede entender como un intento serio de celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos, por muy precaria que sea la situación del deudor.

Asimismo, la SAP de Barcelona de 26 de mayo de 2017[30] no acogió la pretensión del acreedor apelante de que una propuesta de acuerdo con una quita del 99% y la inasistencia del deudor a la reunión con los acreedores fueran consideradas como un incumplimiento de la obligación de intentar un acuerdo extrajudicial de pagos. En este caso la Audiencia Provincial entendió que el requisito de intentar el AEP debía interpretarse de manera flexible y amplia, y consideró realista la propuesta de pago que se ofreció a los acreedores dada la escasa y prácticamente nula capacidad de pago del deudor. En esos mismos términos se pronuncia la STS, Sala Primera de lo Civil, de 13 de marzo de 2019[31], en la que se prevé que solamente se podrá hablar de intento efectivo de AEP cuando hubiese existido una propuesta real a los acreedores, con independencia de que esta resulte finalmente aceptada o no.

Por último, cabe plantearse si el requisito de acudir a un acuerdo extrajudicial de pagos puede considerarse cumplido remitiendo a los acreedores, al margen del procedimiento, una oferta de pago en la que se contemple la remisión de parte de la deuda. El Auto de la AP de Pontevedra de 25 de enero de 2015[32] niega esta posibilidad afirmando categóricamente que: "la remisión a los acreedores de una oferta de pago y de remisión de la deuda no se contempla en la norma como alternativa a la exigencia de presentar un acuerdo extrajudicial de pagos". Sin embargo, la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia nº 2 de Segovia de 28 de julio de 2017[33] negó el BEPI al deudor concursado bajo el razonamiento de que aun no habiendo acudido a un AEP "debería haber acreditado al menos la existencia de negociaciones previas serias y tendentes a llegar a un acuerdo para de algún modo, liquidar la deuda existente, ya sea por medio de aplazamientos, fraccionamiento, reducción o de algún otro modo (dación en pago, cesiones de crédito...)." Este último razonamiento evidencia que aún existen serias dudas doctrinales y judiciales acerca de la interpretación que ha de darse a este precepto.

Por otro lado, a la imprecisión del término «intentar» se le añade la problemática de que en muchos casos los mediadores concursales no aceptan su nombramiento como tales. Como

[28] Conclusiones del encuentro de Magistrados de lo Mercantil 2016, págs. 359-364.
[29] SAP La Rioja, Sección 4ª, de 29 de julio de 2016 (ponente Alfonso Santisteban Ruiz) (ECLI:ES:APLO:2016:301).
[30] SAP Barcelona, Sección 15ª, de 26 de mayo de 2017 (ponente Marta Cervera Martínez) (ECLI:ES:APB:2017:4046).
[31] STS, Sala 1ª, de 13 de marzo de 2019 (ponente Ignacio Sancho Gargallo). (ECLI:ES:TS:2019:897).
[32] SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 25 de enero de 2016 (ponente Francisco Javier Menéndez Estébanez). (JUR 2016/29419)
[33] SJPI nº2 Segovia, de 28 de julio de 2017 (ponente Silvia Conde García) (ECLI: ES:JPII:2017:219).

consecuencia de ello, algunos juzgados negaban al deudor la posibilidad de acceder al BEPI sobre la premisa de que el AEP no se podía considerar «intentado» sin el previo nombramiento de un mediador concursal.

Con el objeto de evitar que el deudor se viese privado del BEPI por actuaciones ajenas a su esfera de actuación, la Dirección General de los Registros y del Notariado (actualmente, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) con fecha de 14 de mayo de 2019 dictó una resolución declarando que el AEP había de considerarse intentado cuando transcurridos dos meses desde la solicitud de inicio de un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos no hubiese sido posible nombrar a un mediador concursal.

En cualquier caso, gracias a la regulación de emergencia, esta cuestión ha pasado a un segundo plano, al menos, hasta el 31 de diciembre de 2021. Así se desprende del art. 12 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia[34] en virtud del cual, hasta el 31 de diciembre de 2021 inclusive, se considerará intentado el AEP si el deudor acreditara ante el juzgado que el mediador concursal ha rechazado, al menos en dos ocasiones, su designación como tal.

La razón que subyace de estas faltas de aceptación por parte de los mediadores concursales radica en que su retribución en los expedientes de consumidores es realmente exigua.[35] Por ello, se hace necesario[36] que el legislador regule un nuevo sistema con el que remunerar convenientemente al mediador concursal, pues de lo contrario, vencido el plazo de un año previsto en el art. 12 de la Ley 3/2020, la falta de aceptación por parte del mediador concursal agravará de forma notable la posición del deudor que pretenda obtener el BEPI a través del régimen general, pues se verá obligado a abonar – además de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados – el 25% de los créditos ordinarios.

En consonancia con lo anterior, y antes de pasar al siguiente apartado, conviene señalar que el art. 9 de la citada Ley prevé también que hasta el 31 de diciembre de 2021 se tramitará con carácter preferente:
(…)
g) El concurso consecutivo de una persona natural en insolvencia actual, que carezca de masa activa y de la posibilidad de plantear un plan de pagos, instado por mediador, en el que conste lista de acreedores provisional, calificación fortuita y solicitud del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, junto con declaración responsable por parte del deudor en la que manifieste que no dispone de ningún activo.
h) El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho."

Bajo mi punto de vista, hubiese sido conveniente que el legislador hubiese aprovechado esta ocasión para regular también la tramitación de oficio del procedimiento para la obtención del BEPI, a la que anteriormente se ha hecho referencia, incluso suprimiendo la necesidad de que el

[34] Modificada por el Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19. (BOE, nº 62, de 13.03.2021).
[35] La DA 2ª de la Ley de Segunda Oportunidad establece que en los concursos de persona natural sin actividad económica se aplicará una reducción del setenta por ciento sobre los honorarios que le hubiesen correspondido a la administración concursal, conforme al baremo previsto en el Anexo del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales (BOE, nº 216, de 7.09.2004).
[36] A este respecto se ha de señalar que está pendiente de desarrollo reglamentario la determinación de las reglas para el cálculo de la retribución del mediador concursal (art. 645.2 TRLC).

deudor tenga que solicitarlo formalmente, pues es evidente, que ello hubiese contribuido a agilizar aún más el proceso de exoneración.

c. Procedimiento para la obtención de la exoneración

El deudor deberá presentar la solicitud del BEPI ante el juez del concurso dentro del plazo de audiencia concedido a las partes para formular oposición a la solicitud de conclusión del concurso. En dicha solicitud el deudor tendrá que justificar el cumplimiento de los requisitos legales para la concesión del beneficio de la exoneración.

Recibida la solicitud, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de esta a la administración concursal y a los acreedores personados para que dentro del plazo de cinco días hagan sus alegaciones. Transcurrido el citado plazo, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado al deudor de los escritos que se hubieran presentado a fin de que, dentro del plazo que al efecto le conceda, manifieste si mantiene la solicitud inicial o si, desistiendo del régimen general para la exoneración, opta por la exoneración mediante la aprobación judicial de un plan de pagos. Esta posibilidad de acogerse en segundo lugar al régimen especial tras el fracaso del primer intento por la vía del régimen general no estaba prevista en la LC. No obstante, sí se reconocía en la jurisprudencia. En este sentido, cabe traer a colación la STS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de julio de 2019[37], en virtud de la cual, el Alto Tribunal estableció que la LC no regulaba un procedimiento rígido para solicitar la exoneración, por lo que era posible variar la opción inicial del sistema de exoneración por pago (régimen general) y acudir al sistema de exoneración con sujeción a un plan de pagos (régimen especial).

Si la administración concursal y los acreedores personados muestran su conformidad a la solicitud del deudor o no se oponen a ella dentro del plazo legal previsto al efecto, el juez del concurso, previa verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos legales concederá el BEPI en la resolución en la que declare la conclusión del concurso. En caso de oposición por parte de la administración concursal o los acreedores esta se sustanciará por el trámite del incidente concursal y deberá fundarse en la ausencia de alguno de los requisitos previstos en el TRLC.

No podrá dictarse auto de conclusión hasta la firmeza de la resolución que recaiga en el incidente concediendo o denegando el BEPI.

Una de las cuestiones que dio lugar a una gran litigiosidad en la regulación anterior en torno a la concesión del BEPI fue la relativa a qué sucede si el deudor no cumple los requisitos para acceder al BEPI y ni la administración concursal ni los acreedores se oponen a su concesión. A este respecto, se planteaba si en estos casos el juez del concurso tenía competencia objetiva para denegar el BEPI o si, por el contrario, la pasividad de la administración concursal y los acreedores del concursado le obligaban a conceder la exoneración. La cuestión no era baladí, pues si el juez denegaba el BEPI el deudor carecía de un trámite por el que recurrir dicha resolución. Esto dio lugar a que en algunos juzgados se diera un trámite de audiencia al deudor concursado antes de dictar el auto denegando el BEPI y en otros se posibilitara directamente que el deudor recurriese en reposición la resolución denegatoria con base legal en el art. 197.3 LC (actual 546 TRLC).

[37] STS, Sala 1ª, de 7 de julio de 2019 (ponente Ignacio Sancho Gargallo). (ECLI:ES:TS:2019:2253).

El art. 490 TRLC disipa cualquier duda al respecto al establecer expresamente que el juez del concurso verificará de oficio la concurrencia de los presupuestos y requisitos previstos en la ley antes de dictar el auto por el que conceda o deniegue el BEPI. Por tanto, la concesión no es automática y contra el auto que declare la exoneración provisional cabe recurso de reposición (ex art. 546 TRLC).

d. Alcance de la exoneración

En los casos en los que el deudor hubiese satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, en caso de poder hacerlo, hubiese intentado previamente un acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.

Por el contrario, si el deudor que reuniendo los requisitos para intentar un AEP no lo hubiera siquiera intentado, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá solamente al setenta y cinco por ciento de los créditos ordinarios y a la totalidad de los subordinados, si bien, como ya se ha expuesto anteriormente, para alcanzar dicha exoneración el deudor deberá haber abonado previamente todos los créditos contra la masa, los créditos privilegiados y el 25% de los créditos ordinarios.

El art. 491 TRLC suprime de esta forma – al menos, en parte – la discriminación entre deudores que no estaba justificada en una mayor reprochabilidad de su conducta sino en su capacidad económica. En efecto, carecía de sentido, y contradecía la finalidad de la norma, que el deudor que abonase el umbral de pasivo mínimo pudiese exonerarse del crédito público ordinario y subordinado y, por el contrario, aquel deudor que se encontrara en un estado de necesidad mayor sólo pudiese acudir al plan de pagos en el que todo el crédito público estaba expresamente excluido de la exoneración provisional.[38]

No obstante, el tenor del art. 491 TRLC introduce una regulación manifiestamente contraria a la contenida en el art 178 bis 3.4º LC, lo que supone una vulneración por parte del Ejecutivo de los lindes que se establecieron para la refundición y que, a mi juicio, no pueden justificarse bajo el prisma de las labores de regulación, armonización y aclaración de la encomienda.

Ciertamente, la regulación anterior del BEPI arrojaba muchas dudas de interpretación, principalmente respecto del régimen especial, – muchas de las cuales han sido solventadas con la regulación del texto refundido – pero el hecho de que el crédito público quedase exonerado en el régimen general era una cuestión indubitada para la doctrina y plenamente respaldada por la jurisprudencia.

Así, la única controversia en la práctica se circunscribía a la determinación del alcance de la exoneración provisional y la exoneración definitiva en el régimen especial, pues como se

[38] Art. 178 bis.5.1º LC establecía que el BEPI concedido a los deudores que se sometiesen a un plan de pagos se extendería a la parte insatisfecha de los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, pero excepcionaba los créditos de derecho público y por alimentos. Sin embargo, los deudores que si podían abonar el umbral de pasivo mínimo previsto en el art. 178 bis.3.4º; créditos contra la masa, créditos con privilegio especial y, en su caso, el 25% de los créditos ordinarios, podían verse exonerados de los créditos públicos ordinarios y subordinados.

estudiará en el apartado 2.3 del presente trabajo, existía una aparente contradicción entre los apartados quinto y sexto del art. 178 bis LC que suscitaba la duda de si el plan de pagos exceptuaba el crédito público y por alimentos del alcance de la exoneración provisional.[39]

No comparto por tanto las conclusiones que alcanza el Consejo de Estado en su dictamen de 26 de marzo de 2020[40] respecto de la regulación contenida en el art. 491 TRLC, en concreto, cuando se afirma expresamente que: "… la delimitación que realiza el artículo 491.1 TR (en particular, en cuanto excluye del beneficio los créditos de derecho público y por alimentos), puede considerarse una adecuada armonización, en la medida en que tal acotación se hace en el artículo 178 bis.5.1º LC (artículo 497.1.1º TR) en los casos de exoneración por la aprobación de un plan de pagos."

Dada la reciente aprobación del TRLC apenas existen pronunciamientos que aborden expresamente esta cuestión. No obstante, es previsible que como consecuencia del exceso *ultra vires* cometido por el Ejecutivo una gran parte de los jueces y tribunales rechacen la aplicación del art. 491 TRLC.

Según SANCHO GARGALLO el art 491, apartado 1 del TRLC: "no colma una laguna, ni aclara o precisa el sentido de la norma legal refundido, sino que altera gravemente el equilibrio de intereses ponderados en la ley para la concesión de este beneficio, mediante el reconocimiento de un privilegio a unos acreedores del que no gozaban antes, con la consiguiente discriminación para los restantes acreedores y el agravamiento de las condiciones para lograr la exoneración total del pasivo del deudor concursado". [41]

En este mismo sentido, cabe traer a colación el auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona de 8 de septiembre de 2020[42] en el que el juez tras realizar un profundo análisis de la refundición del art. 178 bis 3.4 LC no aplica el art. 491 TRLC al llegar a la conclusión – a mi juicio acertada – de que: "… el art. 491 altera por completo una norma clara e indiscutida del sistema llamado a refundir, regula de manera contraria a la norma vigente los efectos de la exoneración, alterando con ello el difícil equilibrio de derechos que regula dicho sistema y por tanto la igualdad de trato de los acreedores, sin que esta alteración pueda ser, de una manera muy clara, considerada una aclaración, regularización o sistematización de la norma vigente". Y añade; "La inaplicación del art. 491 supone que el TR mantenga, en lo que se refiere al régimen especial, la misma dicción literal en el art. 497…".

Por último, cabe señalar que la exoneración alcanzada por la vía del régimen general tiene carácter definitivo, si bien, sujeto a revocación.

e. Revocación de la exoneración

---

[39] (SENDRA ALBIÑANA, 2021, págs. 173 y ss.).

[40] Dictamen del Consejo de Estado de 26 de marzo de 2020 sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, nº de expediente 1127/2019, versión online: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-1127 (última consulta 05.04.2021).

[41] (SANCHO GARGALLO, I., 2020, pág. 33).

[42] Por todos, AJM n.º 7 de Barcelona, de 8 de septiembre de 2020 (ponente Raúl Nicolás García Orejudo) (ECLI: ES:JMB:2020:32A). En la misma línea se pronuncian el AJM nº 10 de Barcelona de 23 de septiembre de 2020 (ponente Lucía Martínez Orejas) (LA LEY 120991/2020) y el AJM n.º 13 de Madrid de 6 de diciembre de 2020 (ponente Bárbara Mª Córdoba Ardau) (LA LEY 122912/2020).

De acuerdo con el tenor del art. 492 TRLC, el beneficio de la exoneración puede ser revocado si durante los cinco años siguientes a su concesión, se constata que el deudor ha ocultado la existencia de bienes o derechos o de ingresos, salvo que fueran inembargables conforme a lo dispuesto en la LEC. Esta conducta de ocultación mira al pasado[43].

Esto es, solo entran dentro de las causas de revocación las conductas de ocultación realizadas con anterioridad a la concesión del BEPI, no así las posteriores que, por el contrario, sí serán consideradas como causas de revocación en el régimen especial habida cuenta del carácter inicialmente provisional – que no definitivo – de la exoneración alcanzada por este régimen.

La revocación podrá solicitarse por cualquier acreedor y se tramitará conforme a las reglas previstas para el juicio verbal. En caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperarán la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos que quedaron insatisfechos a la conclusión del concurso.

2.3. **Régimen Especial**

a. Presupuesto subjetivo

El presupuesto subjetivo es común a ambos regímenes de exoneración por lo que a los efectos de no incurrir en reiteración nos remitimos expresamente al apartado 2.2.1 del presente trabajo, en el que se analiza el presupuesto subjetivo del régimen general.

b. Presupuesto objetivo

El deudor de buena fe que no pueda satisfacer el umbral de pasivo mínimo previsto para el régimen general podrá alcanzar la exoneración sujetándose a un plan de pagos. Para que el deudor de buena fe – presupuesto subjetivo común – pueda optar por este régimen es preciso que concurran los siguientes requisitos:

i) Que no hubiese rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad;

ii) Que no haya incumplido los deberes de colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal. A este respecto cabe traer a colación la SAP de Murcia, Sección 4ª, de 10 de enero de 2019[44], en virtud de la cual, el Tribunal entiende que el legislador se refiere al incumplimiento leve del deber de colaboración, pues los incumplimientos graves (dolosos y culpa grave) son los comprendidos en el art. 444.2 TRLC y darían lugar a la declaración culpable del concurso;

iii) Que no hubiese obtenido el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los diez últimos años, y;

iv) Que hubiese aceptado de forma expresa, en la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años.

[43] (CUENA CASAS, M., 2020, pág. 13).

[44] SAP Murcia, Sección 4ª, de 10 de enero de 2019 (ponente Rafael Fuentes Devesa) (ECLI:ES:APMU:2019:31)

En estos términos, cabe plantear las siguientes cuestiones ¿cómo se explica que el deudor que ha incumplido las obligaciones de colaboración del artículo 135 del TRLC pueda acceder al BEPI en el régimen general y no en el régimen especial?[45] ¿Por qué se admite que el deudor que abona un umbral mínimo de pasivo (régimen general) pueda alcanzar el BEPI sin ningún tipo de restricción temporal y, sin embargo, al deudor que intenta acceder al BEPI por sujeción a un plan de pagos (régimen especial) se le exige como requisito que no se le hubiese concedido el BEPI en los 10 años anteriores? ¿Por qué a este último se le exige una publicidad adicional del dato de haber sido beneficiario del BEPI por sujeción a un plan de pagos? A mi parecer, no existe ninguna razón que justifique esta discriminación de régimen que ahonda en el trato dispar entre el deudor que puede acudir a la exoneración por pago frente a aquel que por su limitada capacidad económica – y no por su conducta – solo puede acogerse a la exoneración por sujeción a un plan de pagos.

De igual forma, se ha de señalar que el art. 493 TRLC suprime la referencia que contenía el artículo 178 bis.3 LC sobre el previo intento del acuerdo extrajudicial de pagos como presupuesto para la exoneración con sujeción a un plan de pagos. Por tanto, el previo intento de un acuerdo extrajudicial de pagos deja de ser un requisito necesario para obtener la exoneración tanto en el régimen general como en el régimen especial.[46]

c. Procedimiento para la obtención de la exoneración

De acuerdo con el tenor del art. 495 TRLC, el deudor deberá acompañar junto con la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho una propuesta de plan de pagos de los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados, los créditos por alimentos y la parte de los créditos ordinarios que incluya el plan. La tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento respecto de los créditos de derecho público se regirá por su normativa específica.

La propuesta de plan de pagos deberá reflejar el calendario de pagos de los créditos que, según esa propuesta, no queden exonerados. El pago de estos créditos, – que no devengarán intereses – deberá realizarse dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tengan un vencimiento posterior.

Pues bien, esta regulación del plan de pagos merece las siguientes consideraciones. En primer lugar, la remisión al derecho administrativo para las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento de los créditos de derecho público implica que el juez del concurso no puede imponer plazos a los acreedores públicos para el cobro de sus créditos. En otras palabras, del tenor del artículo parece desprenderse que la eficacia del plan de pagos respecto de los acreedores de crédito público queda condicionada a una posterior aprobación del plan por parte de estos últimos a través de la concesión de los correspondientes fraccionamientos o aplazamientos administrativos.

[45] En esta línea PARDO IBÁÑEZ (2017) establece que; "… no se puede entender que, sometidos dos deudores al mismo sacrificio … el deudor con mayor liquidez o que hubiera obtenido mayor liquidez con la liquidación pueda obtener el beneficio de exoneración mediante el abono de menos pasivo que aquel deudor en peor situación patrimonial al que no solo se le somete a un plan de pagos o reembolso, sino que, además se le obliga a afrontar el abono de mayor cantidad de pasivo."

[46] En este punto resulta francamente difícil justificar que el Ejecutivo no haya franqueado los límites de la encomienda de las Cortes Generales toda vez que suprime uno de los presupuestos presentes en la anterior regulación, en concreto, en el art. 178 bis.3 LC, para que el deudor que hubiese acudido a la exoneración con sujeción a un plan de pagos pudiese obtener el BEPI.

A este respecto, se ha de traer a colación la ya citada STS de 2 de julio de 2019 en la que el Alto Tribunal establece que dicha regla – contenida también en el derogado art. 178 bis LC – ha de interpretarse desde una perspectiva finalista, subsumiendo la protección del crédito público en la aprobación judicial del plan de pagos. El juez del concurso debe oír previamente a las partes personadas, incluido el acreedor público, sobre las objeciones que formulen al plan y atender únicamente a razones objetivas que justifiquen la no aprobación del plan.[47] Con esta interpretación teleológica de la norma se evita que la concesión del BEPI se haga depender del acreedor de derecho público. No obstante, no se ha de obviar que mediante esta sentencia el Tribunal Supremo asume funciones legislativas que no le competen, por lo que se hace necesaria una reforma de la ley en este sentido.

La segunda de las consideraciones que merece el plan de pagos es la relativa a su extensa duración, (5 años), que como veremos en el tercer apartado de este trabajo no es acorde con la nueva Directiva sobre reestructuración e insolvencia.[48]

En lo que se refiere al procedimiento de aprobación del plan de pagos, deberá ser aprobado por el juez del concurso. Así, tras la presentación del plan de pagos, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de este a la administración concursal y a los acreedores personados para que aleguen, en un plazo de diez días, lo que consideren oportuno sobre la concesión del BEPI. A la vista de las alegaciones, el deudor dispondrá de un trámite para mantener o modificar el plan de pagos. En la resolución en la que se declare la conclusión del concurso, y previa verificación de la concurrencia de los presupuestos y de los requisitos legales, el juez del concurso aprobará el plan de pagos y concederá el BEPI, si bien, esta concesión tendrá un carácter provisional.

d. Alcance de la exoneración provisional

De acuerdo con el tenor del art. 497 TRLC, el BEPI concedido a los deudores que hubiesen aceptado someterse al plan de pagos se extenderá a la parte que, conforme a este, vaya a quedar insatisfecha, de los siguientes créditos:

i) Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.
ii) Respecto a los créditos con privilegio especial, el importe que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, salvo en la parte que pudiera gozar de privilegio general.

De acuerdo con lo señalado en el apartado 2.2 de este trabajo, con anterioridad a la aprobación del texto refundido, la discusión fundamental respecto al art. 178 bis LC se centraba en el alcance de la exoneración provisional mediante el plan de pagos. Así, mientras que el art. 178 bis 5 LC exceptuaba expresamente el crédito público y por alimentos de la exoneración provisional, el párrafo primero del artículo 178 bis 6 del mismo texto legal comenzaba diciendo que los créditos no exonerados según el apartado anterior (entre los que se incluía el crédito público) podían ser exonerados a través de su inclusión en el plan de pagos.

[47] (ESTEBAN RAMOS, 2020, págs. 300-306).
[48] (latorre chiner, 2018, pág. 65 y ss.).

Finalmente, esta cuestión fue objeto de interpretación por la STS de 2 de julio de 2019 en la que el Alto Tribunal afirmó que el crédito público sí podía ser exonerado a través del sistema del plan de pagos.

En este sentido, cabe traer de nuevo a colación el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona de 8 de septiembre de 2020 que tras rechazar la aplicación del art. 491 del TRLC por considerar que el Ejecutivo se extralimitó en la refundición del art. 178 bis 3.4 LC, establece que en lo que se refiere al régimen especial se ha de aplicar la dicción literal del art. 497 TRLC, si bien, al amparo de lo dispuesto en la STS de 2 de julio de 2019 respecto de los apartados 5 y 6 del art. 178 bis LC, otorgando al deudor la posibilidad de quedar exonerado también del crédito público.

e. Revocación de la exoneración provisional

Se establece expresamente que cualquier acreedor podrá solicitar del juez del concurso la revocación de la concesión provisional del BEPI: i) por la ocultación por parte del deudor de la existencia de bienes, derechos o ingresos; ii) por incumplimiento del plan de pagos; iii) por mejorar sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación, o por juego de suerte, envite o azar, de manera que, sin detrimento de la obligación de satisfacer alimentos, pudiera pagar todos los créditos exonerados, y; iv) en caso de que el deudor hubiese incurrido en causa que hubiese impedido la concesión del BEPI por falta de los requisitos establecidos para poder ser considerado deudor de buena fe.

Ahora bien, no todo incumplimiento del plan de pagos puede dar lugar a la revocación de la exoneración provisional. En este sentido, la SAP de Navarra de 12 de noviembre de 2019[49] en el marco de un incidente concursal en el que la Hacienda Tributaria Navarra solicitó la revocación de la exoneración provisional del deudor porque no había abonado el primer plazo del plan de pagos afirma que "es una interpretación absurda que pueda revocarse el beneficio durante el plazo de cumplimiento del plan, por el mismo incumplimiento que, expirado dicho plazo, no obstaría ya a la exoneración definitiva, cabalmente el haber destinado sus ingresos en los parámetros legales de subsistencia -tratamos de una persona natural-, a los pagos pendientes. No tiene sentido revocar la provisional exoneración por motivo que no impide la exoneración definitiva."

f. Exoneración definitiva

Una vez transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor, dictará un auto concediendo la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho en el concurso.

En los casos en los que el deudor no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos, el juez del concurso, previa audiencia de los acreedores y atendiendo a las circunstancias del caso, podrá conceder la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor cuando hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años

[49] SAP Navarra, Sección 3ª, de 12 de noviembre de 2019 (ponente Edorta Josu Echarandio Herrera) (ECLI:ES:APNA:2019:1024).

desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables[50] o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.[51]

Por último, conviene matizar que esta exoneración definitiva no es susceptible de revocación a diferencia de lo que ocurre con la provisional.

g. Efectos comunes

Los acreedores cuyos créditos se extingan por razón de la exoneración no podrán iniciar ningún tipo de acción frente al deudor para el cobro de los mismos. Sin embargo, los acreedores sí podrán dirigirse frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el BEPI obtenido por el deudor ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquel, salvo que el juez del concurso revocase la exoneración. Ahora bien, si los fiadores o avalistas del deudor devienen insolventes como consecuencia del pago de la deuda garantizada, nada obsta para que estos puedan acceder al mecanismo de la segunda oportunidad. De esta forma, si cumplen con los requisitos previstos en el TRLC, podrán alcanzar la exoneración del pasivo insatisfecho.[52]

En los casos en los que el régimen económico del matrimonio del deudor fuera el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, la exoneración beneficiará a los bienes comunes respecto de los créditos anteriores a la declaración de concurso frente a los que debieran responder esos bienes, aunque el otro cónyuge no hubiera sido declarado en concurso.

Queda a salvo la facultad de los acreedores de dirigirse contra el patrimonio privativo del cónyuge del deudor por sus deudas propias en tanto no haya obtenido este el beneficio de la exoneración del pasivo.

3. La transposición de la Directiva (UE) 2019/1023. Propuestas de reforma

La Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, en vigor desde el 16 de julio del 2019[53], supone un gran avance en el proceso de armonización de la normativa de insolvencias y reestructuraciones comunitarias enmarcado en el plan de Unión de Mercados de Capitales. Mediante esta norma el legislador europeo pretende reducir las diferencias existentes entre los sistemas nacionales de insolvencias respecto de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, que se traducen actualmente en una situación de incertidumbre para los inversores a la hora de evaluar el riesgo de sufrir dificultades financieras

[50] A los efectos de este artículo, se entiende por ingresos inembargables los previstos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (BOE, nº 161, de 07.07.2011).
[51] Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE, nº 60, de 10.03.2012).
[52] (arias varona f.j., niemi j., hupli t., 2020, pág. 21).
[53] Para el estudio del origen y evolución del derecho de insolvencias Europeo véase (LATORRE CHINER, N. 2018, págs. 65 y ss.).

en uno o más Estados miembros y, por ende, en un grave obstáculo para la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales.

Con el objeto de lograr la citada armonización, la Directiva persigue un triple objetivo; i) garantizar que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad; ii) permitir que los deudores personas físicas de buena fe insolventes puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad, y; iii) mejorar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular, con el fin de reducir su duración.

Aunque el TRLC recoge gran parte de las previsiones normativas contenidas en la meritada Directiva – siendo fiel reflejo de ello la regulación del pre-concurso, de los acuerdos de refinanciación y del mecanismo de la segunda oportunidad – el legislador español, deberá realizar importantes reformas en la norma concursal a los efectos de cumplir con el mandato europeo y transponer correctamente la Directiva.

Así, en lo que ahora interesa, se ha de destacar que la Directiva deja un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros en la regulación del mecanismo de la segunda oportunidad, y en concreto, en la transposición del BEPI, con lo que se dificulta enormemente la existencia de un modelo uniforme de exoneración del pasivo insatisfecho.

3.1. Ámbito subjetivo de la Directiva

El destinatario de la Directiva es el deudor persona natural empresario. En este sentido, cabe señalar que el legislador europeo se limita a instar a los Estados miembros a establecer que el régimen de exoneración previsto para los empresarios sea también de aplicación a los consumidores.[54] Resulta sorprendente que el legislador europeo incurra de nuevo en el error de esbozar una mera recomendación visto el fracaso que en este aspecto tuvo la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014.

Por otro lado, conviene matizar que la Directiva solamente distingue entre empresario y consumidor, pero no entre pasivo doméstico y pasivo empresarial. El art. 24.2 de la Directiva establece que: "Los Estados miembros podrán disponer que, cuando puedan separarse las deudas personales de las profesionales, dichas deudas se traten, a los efectos de obtener la plena exoneración de deudas, bien en procedimientos separados aunque coordinados, bien en el mismo procedimiento." Y para el supuesto de que dichas deudas no puedan separarse, el apartado primero del citado precepto añade que: "… dichas deudas, si son susceptibles de exoneración, se traten en un procedimiento único a efectos de la obtención de la plena exoneración de deudas."[55]

En resumen, el art. 24 determina que el empresario puede quedar exonerado de las deudas empresariales y personales, pero nada dice respecto del consumidor en los casos en los que se ve

[54] No obstante, el considerando 21 de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia establece que; "aunque la presente Directiva no incluye normas vinculantes en materia de sobreendeudamiento de los consumidores, conviene recomendar a los Estados miembros que apliquen también a los consumidores, en el plazo más breve posible, las disposiciones de la presente Directiva en materia de exoneración de deudas."
[55] (arias varona f.j., niemi j., hupli t., 2020, págs. 20 y ss.).

obligado a responder de un pasivo empresarial. Piénsese, por ejemplo, en el cónyuge que a pesar de no ser empresario se ve obligado a responder de un pasivo empresarial por haber avalado deudas empresariales del otro cónyuge. A este respecto, comparto plenamente la opinión de CUENA CASAS[56], pues si bien considero legítimo dar un trato de favor al pasivo empresarial sobre el doméstico[57], no encuentro una justificación razonable para la discriminación negativa del consumidor que tiene pasivo empresarial. En consecuencia, considero que el legislador español deberá prescindir de esta discriminación de régimen al transponer la Directiva instaurando un régimen común de exoneración, en el que el consumidor pueda a su vez quedar exonerado del pasivo empresarial.

3.2. Régimen de exoneración del pasivo insatisfecho

a. Régimen de plena exoneración. Adecuación del plan de pagos

De conformidad con el art. 20.1 de la Directiva, los Estados miembro deben velar para que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento con el que puedan obtener la plena exoneración de sus deudas.

Conviene reseñar que la Directiva no establece un umbral de pasivo mínimo, si bien, en el apartado segundo del art. 20 se prevé expresamente que cuando la plena exoneración de deudas estuviese supeditada a un reembolso parcial de la deuda por parte del empresario, dicho reembolso se ciña a la situación individual del empresario y sea proporcionado a los activos y la renta embargable o disponible del mismo durante el plazo de exoneración. Asimismo, añade que el plan de pagos deberá tener presente los intereses de los acreedores de forma equitativa.

En consecuencia, el legislador español deberá regular un plan de pagos *ad hoc*, de forma que se ajuste a las posibilidades económicas de cada deudor y salvaguarde el interés equitativo de los acreedores.

b. Plazo de exoneración

A tenor de lo dispuesto en el art. 21.1 de la Directiva, los Estados miembros están obligados a contar con al menos un procedimiento en el que el deudor pueda obtener la plena exoneración de sus deudas en un plazo no superior a tres años. Se trata de un plazo máximo que puede ser reducido.

De este modo, el legislador español queda obligado por la Directiva a modificar la actual norma, adecuando el plazo de duración del plan de pagos y, asimismo, el plazo durante el cual puede solicitarse la revocación de la concesión definitiva de la exoneración obtenida por el régimen general.

[56] (CUENA CASAS, 2019, págs. 40-45)

[57] Piénsese en el crédito por alimentos. El Informe del Banco Mundial, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force. Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Person (2017), en el apartado 368 de la pág. 121, señala que "las principales excepciones a la exoneración de deudas son las relativas a las obligaciones de alimentos, que por lo general quedan excluidas de la posibilidad de liberación por razones de interés público, pues parece poco razonable que se libere al deudor de su responsabilidad por sus obligaciones familiares, trasladando las cargas a otros sujetos igualmente vulnerables (principalmente, hijos y cónyuge)."

A pesar de lo que pueda inferirse de una primera lectura del meritado precepto, el legislador europeo no ha conseguido una armonización en el plazo de exoneración, toda vez que el *dies a quo* de dicho plazo puede ser muy variado y se prevén – ex. art. 23.3 – casos excepcionales en los que los Estados miembro pueden determinar plazos superiores a los tres años. El artículo 23.2 establece que los Estados miembros podrán denegar o restringir el acceso a la exoneración de deudas, revocar la exoneración concedida, conceder plazos más largos para la obtención de la plena exoneración de deudas o incluso alargar los períodos de inhabilitación "en determinadas circunstancias bien definidas y siempre que tales excepciones estén debidamente justificadas". El citado artículo recoge a título ejemplificativo, que tales excepciones podrán consistir en la violación de los requisitos de un plan de pagos u otras obligaciones para con los acreedores, el incumplimiento de las obligaciones de información o cooperación, la presentación de una nueva solicitud de exoneración dentro de un determinado plazo cuando el empresario insolvente hubiese obtenido previamente la plena exoneración de deudas o bien, esta le hubiese sido denegada anteriormente debido a una vulneración grave de sus obligaciones de información o cooperación, o no pudiese cubrir los costes del procedimiento conducente a la exoneración de deudas.

c. Pasivo no exonerable

El art. 23.4 de la Directiva prevé la posibilidad de que los Estados miembro excluyan de la exoneración determinadas categorías de créditos, entre las que no se encuentra el crédito público. Estas categorías son las siguientes;

i) Deudas garantizadas;
ii) Deudas derivadas de sanciones penales o relacionadas con estas;
iii) Deudas derivadas de responsabilidad extracontractual;
iv) Deudas relativas a obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad;
v) Deudas contraídas tras la solicitud o la apertura del procedimiento conducente a la exoneración de deudas, y;
vi) Deudas derivadas de la obligación de pagar los costes de un procedimiento conducente a la exoneración de deudas.

Sin embargo, las categorías referenciadas constituyen un listado *numerus apertus* de créditos excluibles de la exoneración. A este respecto, la profesora CUENA CASAS considera que se ha llevado a cabo una traducción incorrecta en la versión española, toda vez que en ella se cierra el párrafo con la frase *"en los siguientes casos"* mientras que en la versión inglesa el párrafo concluye con la frase "*como en el caso de …*"[58]. En efecto, ello supone que el pasivo no exonerable que se establece en el art. 23.4 ha de reputarse facultativo, de forma que cada Estado Miembro, si bien, atendiendo al espíritu de la Directiva, podrá incluir dentro de la exoneración las deudas que considere oportunas.

En consecuencia, a la hora de realizar la transposición de la Directiva, el legislador español deberá valorar si concurren razones de interés general que justifiquen, en su caso, la exclusión de los créditos públicos, teniendo en cuenta la experiencia práctica acumulada en estos años de

[58] (CUENA CASAS, M., 2020, pág. 13 y ss.).

aplicación del BEPI.[59] De igual forma habrá de valorar si la indisponibilidad de los créditos de derecho público prevista en los artículos 7 y siguientes de la Ley General Presupuestaria, 18 de la Ley General Tributaria y 27.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social debe encontrar una excepción en el régimen de segunda oportunidad. En cualquier caso, no se ha de perder de vista que la vocación legislativa es claramente protectora del crédito público.[60]

4. Consideraciones Finales

Dejando a un lado las desafortunadas extralimitaciones del Ejecutivo, resulta incuestionable que el TRLC incorpora mejoras sustanciales respecto de la regulación anterior del BEPI.

En primer lugar, cabe destacar la solución que se le ha dado al problema que entrañaba la conceptualización del previo intento de un AEP y su nueva sistematización dentro del presupuesto objetivo de la exoneración, que permite ahora configurar la buena fe del deudor exclusivamente en base a criterios subjetivos.

En segundo lugar, resulta positivo que el Ejecutivo haya suprimido, al menos en parte, la discriminación entre deudores que estaba presente en el art. 178 bis.5.1º LC. Y digo en parte, porque como ya se ha expuesto a lo largo del trabajo, esta disparidad de trato aún se observa en el presupuesto objetivo especial y las causas de revocación del BEPI por sujeción a un plan de pagos (régimen especial).

Ahora bien, no todo han sido mejoras. En este sentido, no considero que haya de reputarse como un acierto que el art. 491 TRLC excluya el crédito público del ámbito de la exoneración, pues en la práctica, una de las principales partidas de pasivo de los empresarios proviene precisamente de esta clase de créditos.[61]

La afirmación de que el alcance de la exoneración debe ser total, puede parecer, a priori, un tanto atrevida, sobre todo si se tiene en cuenta que es el pago de estos créditos públicos el que sostiene nuestra economía y nuestro estado del bienestar. Sin embargo, no se ha de olvidar que, aunque efectivamente fuese así, y la exoneración alcanzase a todos los créditos públicos, la concesión del BEPI no constituiría una renuncia general del Estado al cobro de créditos públicos a favor de todo deudor insolvente, sino que dicha exoneración, sería un beneficio exclusivo de aquellos deudores que cumpliesen los requisitos recogidos en la normativa concursal. Cuestión distinta es que estos requisitos subjetivos que la Ley exige para que el deudor sea considerado de buena fe, sean, o puedan ser considerados, excesivamente laxos y no permitan hacer una criba de aquellos deudores de mala fe que pretendan hacer un uso abusivo de este mecanismo.

A mayor abundamiento, considero que la Administración Pública debe soportar el mismo tratamiento que los demás acreedores privados pues solo de esta forma estará mostrando su auténtico apoyo al mecanismo de la segunda oportunidad.

---

[59] (SÁNCHEZ PACHÓN, L.A., 2021, págs. 209-226).
[60] (RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E. 2020, pág. 4).
[61] Informe del Banco de España. Análisis de los procedimientos de insolvencia en España en el contexto de la crisis del Covid-19: los concursos de acreedores, los preconcursos y la moratoria concursal (2020), págs. 24 - 26.

Por último, ha quedado patente que el legislador español deberá acometer diversas reformas en el TRLC para transponer correctamente la Directiva sobre reestructuración e insolvencia que, a mi entender, se circunscriben a tres aspectos fundamentales: i) regular un mecanismo de segunda oportunidad que permita la plena exoneración de las deudas - crédito público incluido - del deudor persona física empresario (si bien es deseable que lo mismo se predique del deudor persona física consumidor); ii) regular un plan de pagos *ad hoc*, de forma que se ajuste a las posibilidades económicas de cada deudor y salvaguarde el interés equitativo de los acreedores y; iii) modificar el plazo del plan de pagos de modo que este no sea superior a tres años.

El énfasis que pone la Directiva para lograr un régimen armonizado de exoneración en todos los Estados miembros constituye un paso de vital importancia para evitar que la insolvencia personal alcance dimensiones que no resulten asumibles para el mercado.

Ahora más que nunca, es preciso que el legislador español estudie en profundidad la institución de la segunda oportunidad y regule el BEPI de forma eficaz, permitiendo que el deudor persona física, ya sea empresario o consumidor, pueda obtener la plena exoneración de sus deudas y convertirse de nuevo en un agente activo que contribuya a la recuperación de nuestra economía.

5. Bibliografía

Francisco José, ARIAS VARONA, et al (2020), "Discharge and entrepreneurship in the preventive restructuring directive". *Int Insolv Rev*. 2020;29:8–31. https://doi.org/10.1002/iir.1369 (última consulta 05.04.2021).

Cesar AYALA CANALES (2017), *La protección del patrimonio del concursado,* Tirant lo Blanch, Madrid.

Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ (coord.), Pedro PRENDES CARRIL (coord.) y José Mª. GARCIA-CRUCES GONZÁLEZ (coord.) (2011), *La reforma concursal*, Thomson Reuters, Madrid.

Mihaela CARPUS CARCEA (2015), "La recomendación de la comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial". *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, sección reseñas y comentarios. Primer semestre de 2015, págs. 299 y ss.

Matilde CUENA CASAS (2020), "El régimen de segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal. La exoneración del pasivo insatisfecho" *Diario La Ley*, nº 9675, sección tribuna, 16 de Julio de 2020, pág. 13.

Matilde CUENA CASAS (2019), "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023 de 20 de junio de 2019. Propuestas de transposición al Derecho Español." *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 32, sección estudios. Primer semestre de 2019, págs. 40 y ss.

Matilde CUENA CASAS (2017), "Crédito público y exoneración de deudas". *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 27, sección reseñas y comentarios. Segundo semestre de 2017, págs. 239 y ss.

Matilde CUENA CASAS (2016), "La exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras respuestas judiciales". *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* nº 25, sección estudios. Segundo semestre de 2016, págs. 16 y ss.

Luisa Mª ESTEBAN RAMOS (2020), "Segunda Oportunidad: Ahora más necesaria que nunca". *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* nº 33, sección varia. Segundo semestre de 2020, págs. 300-306.

Nuria LATORRE CHINER (2018), "El discharge y la propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva y segunda oportunidad". *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 29, Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación. Segundo semestre de 2018, págs. 65 y ss.

Borja PARDO IBÁÑEZ (2017), *El mecanismo de la segunda oportunidad,* Bosch, Madrid.

Edmundo RODRÍGUEZ ACHUTEGUI (2020), "La directiva sobre exoneración de deudas y la segunda oportunidad", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 1, 2020, pág. 4.

Pedro José, RUBIO VICENTE (2011), "La exoneración de pasivo insatisfecho en casos de insuficiencia de masa activa". *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 14, sección reseñas y comentarios. Segundo Semestre de 2011, págs. 242-250.

Luis Ángel, SÁNCHEZ PACHÓN (2021), "El problema de la exclusión de los créditos de derecho público del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en el Texto Refundido de la Ley Concursal (Comentario al Auto del Juzgado de lo Mercantil nº.7 de Barcelona de 8 de septiembre de 2020)". *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 34, sección comentarios y reseñas de jurisprudencia. Primer semestre de 2021, págs. 209-226.

Ignacio, SANCHO GARGALLO (2020), "Consideraciones sobre la refundición de la legislación concursal y su adecuación a la jurisprudencia", *Anuario de Derecho Concursal,* nº51/2020, pág. 33.

Álvaro SENDRA ALBIÑANA (2021), "Segunda oportunidad, crédito público y Texto Refundido de la Ley Concursal… ¿ultra vires?" *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 34, Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, págs. 173 y ss.

Conclusiones del encuentro de Magistrados de lo Mercantil 2016 (2017). *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 26, de 1 de enero de 2017, págs. 359-364.

Dictamen del Consejo de Estado de 26 de marzo de 2020 sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal", nº de expediente 1127/2019, versión online: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-1127 (última consulta 05.04.2021).

Informe del Banco de España. Análisis de los procedimientos de insolvencia en España en el contexto de la crisis del Covid-19: los concursos de acreedores, los preconcursos y la moratoria concursal (2020), págs. 24 - 26.

Informe del Banco Mundial, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force. Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Person (2017), en el apartado 368 de la pág. 121.

Official Journal of the European Union "Evaluation of the implementation of the Commission Recommendation of 12.03.2014 on a new approach to business failure and insolvency" version online: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0135&from=FR (última consulta 05.04.2021).

InDret
2.2021

El legado de Gustav Radbruch para la dogmática jurídico-penal

Nuria Pastor Muñoz
Universidad Pompeu Fabra
-

Sumario
-
El presente trabajo aborda algunos aspectos del pensamiento de Gustav Radbruch que han dejado una impronta esencial en nuestro modo de concebir la dogmática jurídico-penal. En concreto, analiza la compleja relación entre Derecho, realidad y valor en la concepción de Radbruch, la impronta de su método y su relativismo valorativo en el Derecho penal, su concepción de la teoría del delito y de la ciencia jurídico-penal. El estudio concluye destacando la herencia que este autor ha dejado a la dogmática jurídico-penal del presente: la vuelta al valor, la orientación teleológica, el sistema abierto y la superación de la oposición entre dogmática y política criminal, entre otros aspectos.

Abstract
-
This article examines some aspects of Gustav Radbruch's views that have significantly shaped our understanding of criminal law dogmatics. In particular, the complex relationship between law, reality, and value in Radbruch's conception, the impact of his method and relativism in criminal law, his conception of the theory of crime, and the science of criminal law are discussed. Finally, the article highlights the contents of the legacy that Gustav Radbruch left to criminal law dogmatics: the return to value, the teleological orientation, the open system and the overcoming of the opposition between dogmatics and criminal policy, among other aspects.

Abstract
-
Der vorliegende Beitrag befasst sich mit einigen Aspekten des Denkens Gustav Radbruchs, die unser Verständnis der Strafrechtsdogmatik wesentlich geprägt haben. Insbesondere wird hier das komplexe Verhältnis von Recht, Wirklichkeit und Wert in Radbruchs Konzeption, die Spuren seiner Methode und seines Relativismus in dem Strafrecht, seine Konzeption der Straftatlehre und der Strafrechtswissenschaft. Schließend hebt der Beitrag die Inhalte der Erbe, die Gustav Radbruch der Strafrechtsdogmatik hinterlassen hat: die Rückkehr zu dem Wert, die teleologische Orientierung, das offene System und die Überwindung des Gegensatzes zwischen Dogmatik und Kriminalpolitik, neben anderen Aspekten.

Title: *Gustav Radbruch's Legacy to Criminal Law Dogmatics*

Titel: *Gustav Radbruchs Erbe für die Strafrechtsdogmatik*

-

Palabras clave: dualismo metodológico, valor, relativismo, teoría del delito, sistema abierto del delito, dogmática jurídico-penal

Keywords: *methodological dualism, value, relativism, theory of the crime, open construction of the crime, criminal law dogmatic (sciencie)*

Stichwörter: *Methodendualismus, Wert, Relativismus, Straftatlehre, offenes Straftatsystem, Strafrechtsdogmatik*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i2.03

-

InDret

2.2021

Recepción
27/10/2020
-
Aceptación
24/12/2020
-

Índice

-

1. Introducción
2. Derecho, realidad y valor en la teoría de Radbruch
2.1. El trialismo metodológico
2.2. La naturaleza de las cosas
2.3. La idea de Derecho
2.4. El relativismo valorativo en Radbruch
3. La impronta del método y del relativismo valorativo de Radbruch en una visión valorativa del Derecho penal
4. La visión de Radbruch de teoría del delito y la dogmática jurídico-penal
4.1. La naturaleza de las cosas en la construcción de la teoría del delito
4.2. El rechazo del formalismo y del positivismo hermenéutico
4.3. La relación entre ciencia jurídica y Derecho positivo
4.4. El sistema del delito como sistema abierto: de los conceptos clasificatorios a los "*Typenbegriffe*"
5. Balance: la herencia de Radbruch para la dogmática jurídico-penal
5.1. La vuelta del valor a la dogmática y la orientación teleológica
5.2. Las raíces del sistema abierto de Roxin en la concepción de Radbruch
5.3. El puente entre Derecho continental y Derecho anglosajón
5.4. La superación de la oposición entre dogmática y política criminal
5.5. El problema (de Radbruch y de la dogmática del presente) de los "valores" de referencia en la construcción dogmática
5.6. ¿"Autolimitación" de la dogmática a un Derecho positivo concreto?
6. Bibliografía

-

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

1. Introducción

La figura de Gustav RADBRUCH es un referente indiscutible en la Filosofía del Derecho, así como en Derecho penal. Su *Rechtsphilosophie*[1] (su revisión del paradigma metodológico kantiano), su conocida "fórmula",[2] clave en la discusión sobre el valor del Derecho positivo, y su habilitación sobre el concepto jurídico-penal de acción[3] son obras esenciales. En Derecho penal, su relevancia no se limita a dicho escrito de habilitación, sino que su visión especial del neokantismo ("trialismo metodológico"), sus reflexiones sobre el papel de la naturaleza de las cosas, el valor en el Derecho, el relativismo, así como la crítica al sistema clasificatorio y construcción de un sistema teleológico han dejado huellas profundas en la dogmática jurídico-penal. Se puede anunciar ya aquí que la herencia más importante de RADBRUCH para la dogmática jurídico-penal proviene esencialmente de su época neokantiana: por una parte, una comprensión de la dogmática jurídico-penal que, sin dejar de ser sistemática, abandona el hermetismo y se abre a la realidad (a la naturaleza de las cosas); por otra, la entrada del valor en el Derecho a partir de una reformulación del dualismo metodológico. Dichas aportaciones, que abordaré después con más detalle, tienen sus raíces en su peculiar modo de concebir la relación entre Derecho, valor y realidad: el trialismo metodológico, el papel de la naturaleza de las cosas, su relativismo valorativo (II) y sus consecuencias para el Derecho penal (III). A ello se une su concepción de la dogmática, el rechazo del formalismo y el positivismo hermenéutico y la concepción del sistema como sistema "abierto" (IV). El balance que arroja este análisis es una rica herencia para la ciencia jurídico-penal que tiene sus luces y sus sombras: sus luces, porque pone algunos cimientos de la concepción normativista del delito (la impronta en ROXIN es innegable) y sus sombras, porque genera algunos problemas (en especial, en torno al "valor") que seguimos arrastrando en el presente (V).

2. Derecho, realidad y valor en la teoría de Radbruch

2.1. El trialismo metodológico

En cualquier concepción del Derecho resulta esencial determinar cuál es la relación entre la idea de Derecho y la materia del Derecho y, con ello, si el Derecho se construye deductiva o inductivamente. Pues bien, por una parte, RADBRUCH rechaza aquellas teorías iusnaturalistas que niegan relevancia a la materia del Derecho (*Rechtsstoff*) y pretenden construir el ordenamiento jurídico deductivamente a partir de la idea de Derecho.[4] Pero a la vez, por otra parte, rechaza la explicación materialista de la Historia, la cual niega cualquier autonomía al Derecho, vaciándolo

[1] Aquí se citará la segunda edición.

[2] RADBRUCH, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung (1946)», en DREIER/PAULSON (eds.), *Studienausgabe*, 2ª ed., 2003, pp. 211 ss.

[3] RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1903.

[4] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie: Nachschrift einer Vorlesung,* 2ª ed., 1959, pp. 84 ss. En efecto, según la teoría del Derecho natural, „*Die Idee des Rechts hat (...) die uneingeschränkte Herrschaft über den Stoff, ja sie findet einen Rechtsstoff überhaupt nicht vor. Sie [die Naturrechtslehre] geht nicht von einer bestimmten historischen Lage aus, die das Recht zu gestalten hat, sondern von einem angeblichen Naturzustand*". Así, las formas de la vida social no preexistirían al Derecho, sino que este las crearía, con lo que —subraya RADBRUCH— se niega la resistencia de la materia del Derecho (*Widerstandskraft des Rechtsstoffes*), el carácter transformable del Derecho (*Wandelbarkeit des Rechts*) vinculado a la dimensión histórica del Derecho y, con ello, se acepta una "dictadura" de la *Rechtsidee* sobre el *Rechtsstoff*.

de contenido y convirtiéndolo en un mero receptor de la materia del Derecho, esto es, en el mero producto de la evolución histórica y económica.[5] Para RADBRUCH, el Derecho no se debe definir partiendo del imperio del deber ser sobre el ser (iusnaturalismo) ni tampoco asumiendo el imperio del ser sobre el deber ser (marxismo): el Derecho es una obra humana, manifestación de la cultura, y por ello está necesariamente referido al valor (*wertbezogen*), sin que pueda ser construido desde la perspectiva valorativamente neutra (*wertblinde Haltung*) de las ciencias naturales.[6] Lo más importante de su concepción del dualismo metodológico es el levantamiento de la separación entre el ser y el deber ser, mediante la construcción de un puente entre ambos: la "naturaleza de las cosas" (*die Natur der Sache*).[7] Esta modificación es tan sustancial, que algunos han denominado "trialismo metodológico",[8] el cual no implica que el ser y el deber ser se diluyan, pero sí la relajación[9] de la separación radical entre ambos propia del pensamiento kantiano.[10] Así, afirma RADBRUCH: "La naturaleza de las cosas es la solución para todos aquellos que quieren mitigar el abrupto dualismo de ser y deber ser, de realidad y valor, aquellos que buscan la razón en las cosas".[11] La naturaleza de las cosas ofrece *resistencia* al deber ser, limita la autonomía de este último, aunque no la elimina ("la última palabra la tiene el Derecho").[12] Con ello, en RADBRUCH el deber ser deja de ser hermético y se abre a la realidad, algo que se proyectará en su concepción de la dogmática jurídico-penal. Además, como consecuencia de la negación de la separación radical entre ser y deber ser, RADBRUCH se aleja del paradigma positivista: Derecho positivo y valoración ética están separados, pero existe un puente entre ambos, por ser el Derecho una "realidad referida al valor" (*wertbezogene Wirklichkeit*); el Derecho positivo no se identifica con lo justo o lo correcto, pero se orienta a la justicia.[13]

2.2. La naturaleza de las cosas

RADBRUCH toma como punto de partida la premisa del dualismo metodológico conforme a la cual del ser no surge el deber ser, siendo el primero el mundo de la realidad y el segundo el mundo de

---

[5] Aquí habría una "dictadura" de la *Rechtsstoff* sobre la *Rechtsform*. Sobre las diferencias entre RADBRUCH y el marxismo, cfr. PAUL, «Gustav Radbruchs Konzeption des sozialen Rechts und die marxistische Rechtstheorie", en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, 1968, pp. 114 ss. Cfr. un análisis crítico del materialismo histórico en RADBRUCH, *Rechtsphilosophie. Studienausgaben,* 2003, § 3, núm. 4, pp. 25 s.

[6] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 4, pp. 9, 11.

[7] NEUMANN, «Rechtsphilosophie im Spiegel der Zeit: Gustav Radbruch (1878–1949)», *JZ,* (1), 2020, p. 5.

[8] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 3, núm. 9, p. 31. Una dura crítica al dualismo metodológico kantiano, fuertemente anclado en la ciencia jurídica en Arthur KAUFMANN, «Die »ipsa res iusta«. Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie», en EL MISMO, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, 2ª ed., 1993, pp. 58 s., quien, en el sentido de RADBRUCH, entiende el Derecho como obra de la cultura (el Derecho no se ha de equiparar con la norma abstracta, sino que el Derecho es "un acto", "un acontecer real" entre las personas que requiere a aquella norma pero que no se identifica con esta).

[9] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, p. 23.

[10] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 2, p. 13.

[11] "*Natur der Sache ist die Lösung aller derer, welche den schroffen Dualismus von Sein und Sollen, von Wirklichkeit und Wert zu mildern bemüht sind, welche die Vernunft in den Dingen suchen*", RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 5.

[12] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, p. 23.

[13] Cfr. al respecto WAPLER, «Wertrelativismus und Positivismus. Theoretische Grundlagen der Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs» en PAULY (ed.), *Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch*, 2011, p. 37.

las leyes de valoración (*Wertgesetze*) en el que se determina la corrección de la conducta.[14] Ahora bien, cuando afirma que la naturaleza de las cosas pone límites al deber ser, la primera pregunta ineludible reza: ¿en qué medida pierde el deber ser su autonomía? Nótese que en RADBRUCH las valoraciones dejan de ser una pura construcción apriorística y se convierten en un complejo "ir y venir" del Derecho a su materia y de esta última al Derecho. La pieza clave es, pues, el significado de esa naturaleza de las cosas. Para RADBRUCH, en la medida en que la idea de Derecho se basa en la naturaleza del hombre, cuya esencia es la razón, tal naturaleza es puramente formal y, por consiguiente, solo capaz de generar ciertas reglas ("lo que no quieras que te hagan no se lo hagas a los otros"),[15] pero no un ordenamiento jurídico completo.[16] Por ello, el Derecho debe dirigir su atención a su materia, a saber, los "estados naturales, sociales y jurídicos" previos al Derecho: la convivencia de los hombres, los modos de vida (*Lebensverhältnisse*) y órdenes de vida (*Lebensordnungen*) dentro de la sociedad.[17] Por tanto, como materia del Derecho no son relevantes los hechos naturales o sociales considerados en sí mismos (*rein naturale Rohsstoffe*),[18] sino en cuanto *precursores sociales* de las relaciones jurídicas (*soziale Vorformen der Rechtsverhältnisse*)[19] —por ej., formas de negocio, agrupaciones de personas con pretensión de ser reconocidas, conductas antisociales rechazadas por la conciencia del pueblo, la cual exige su prohibición y castigo—, formas que, en caso de cristalizar en Derecho consuetudinario, llegan a constituir un estado jurídico preexistente[20]: lo vinculante para el Derecho no es la naturaleza ontológica de la materia, la naturaleza como algo que es (*im Sinne eines Seienden*)[21], sino la naturaleza de la materia en cuanto esencia fruto de la atribución de un valor. Esto tiene pleno sentido si se tiene en cuenta que RADBRUCH, como neokantiano, parte del subjetivismo epistemológico (los valores no "son" sino que "son puestos" por el sujeto cognoscente)[22], por lo que la esencia de las cosas no es una realidad ontológica objeto del conocimiento, sino una atribución. La naturaleza de las cosas es, pues, "el sentido de las cosas, el *sentido objetivo* que se desprende de la configuración de los modos de vida", es la respuesta a la pregunta: "cómo puede esta forma de vida (…) ser pensada como realización de una determinada idea de valor".[23] Pues bien, el Derecho correcto es el que toma en consideración esa naturaleza de las cosas, ese valor fruto de una atribución, y ello por tres razones: (i) primero, por razones prácticas, esto es, para lograr la aplicación del Derecho a la realidad; un Derecho que ignore tal naturaleza de las cosas topará necesariamente con la resistencia de la materia –*der Wiederstand der stumpfen Welt!* -); (ii) segundo, porque el pensamiento jurídico se nutre del clima histórico en el que se forma; en

[14] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, pp. 19 s.

[15] ENGISCH, «Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, 1968, p. 65.

[16] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, p. 20. En ello se vislumbra, pues, el rechazo de una visión del Derecho (no de la "idea de Derecho") absolutamente apriorístico.

[17] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 10: "*das Zusammenleben der Menschen, die Gesamtheit der Lebensverhätlnisse und Lebensordnungen innerhalb der Gesellschaft sowie die Lebenstatsachen, welche Bestandteile jener Verhältnisse und Ordnungen sind*".

[18] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 11.

[19] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 11.

[20] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 12; RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, pp. 21 s.

[21] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 13.

[22] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, III.2.c.

[23] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 13 (la cursiva es mía); EL MISMO, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, p. 22.

efecto, sea o no consciente de ello, dicho pensamiento se queda encerrado en los límites de lo históricamente posible;[24] (iii) pero la razón primordial es, en tercer lugar, que "la validez de la naturaleza de las cosas está (…) fundamentada (…) por la misma esencia de la idea de Derecho".[25] La idea de Derecho está definida *para* una determinada materia y, consiguientemente, "también definida *por* dicha materia".[26] Esta compleja relación entre Derecho y materia, que en su día ROXIN calificó como "interrelación" (*Wechselbeziehung*) entre ser y deber ser, entre materia (*Stoff*) y forma,[27] la explica RADBRUCH recurriendo a una metáfora de LASK: naturaleza de las cosas es para la idea de Derecho como el material (mármol, bronce) para el artista. Del mismo modo, las ideas del Derecho están esencialmente determinadas "por la materia del Derecho, por la correspondiente ética, por el espíritu concreto del pueblo, en definitiva: por la naturaleza de las cosas".[28] Así, la naturaleza de las cosas exige al Derecho que este configure la materia "con sentido".[29]

Así las cosas, ¿qué consecuencias tiene esta concepción en la *relación entre Derecho, valor y realidad*? ¿En qué medida es compatible la afirmación de que la naturaleza de las cosas, su sentido objetivo, no es el sentido "pensado por alguien",[30] con la afirmación de que la naturaleza de las cosas no es un valor objetivo ontológicamente dado, sino fruto de una atribución? ¿Cuál es el verdadero límite que el ser le impone al deber ser? Aquí se muestra con toda su fuerza la tensión presente en la concepción de RADBRUCH: su método no es inductivo, no consiste en extraer el deber ser del ser[31] (por imposibilidad lógica de deducir el valor de la realidad)[32]; pero tampoco es un método deductivo. Parecería que RADBRUCH pretende superar el puro subjetivismo epistemológico (el valor lo pone el sujeto cognoscente) y entrar en un plano superior al individuo, un plano intersubjetivo-social en el que tiene lugar una discusión sobre los valores y, con ello, sobre la propia identidad (sobre las formas de vida social vigentes). De lo contrario, no quedaría más remedio que ver en esa *interacción entre Derecho y naturaleza de las cosas una pura circularidad* en la que el Derecho pone el valor que después le limita.[33]

En efecto, la dinámica de retroalimentación entre naturaleza de las cosas e idea de Derecho genera la duda de si el planteamiento de RADBRUCH peca de *circular*, pues la naturaleza de las cosas limita al Derecho, pero esta última se determina a partir de la búsqueda de su sentido

---

[24] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, p. 22.

[25] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, p. 23 (la cursiva es mía).

[26] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, p. 23, resaltado en el original; EL MISMO, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 2, p. 14.

[27] ROXIN, «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, 1968, p. 261.

[28] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, p. 23.

[29] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 15.

[30] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 12.

[31] "*Sollensätze sind nur durch andere Sollensätze begründbar und beweisbar*" (RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 2, núm. 2, p. 15).

[32] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 2, núm. 1, pp. 14 s.

[33] Una circularidad que, por otra parte, es un problema esencial en la argumentación jurídica: cfr. al respecto el análisis de Arthur KAUFMANN, «Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung», en EL MISMO, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, 2ª ed., 1993, pp. 65 s.

jurídico, de "cómo se realiza en esas cosas la idea de Derecho".[34] Así, podría parecer circular afirmar que el *sentido* de la realidad que interesa al Derecho es un sentido "atribuido" a partir de la idea de Derecho[35] y, a la vez, que el Derecho está determinado *por* la materia porque está definido *para* la materia.[36] Y es que, como dijo en su momento ENGISCH, "en cierta medida, con la naturaleza de las cosas, sacamos de la cosa tanto sentido objetivo como ha sido puesto previamente" en ella.[37] ¿Es eso realmente así? Ciertamente, hay que aclarar si RADBRUCH pone las bases para salir de dicha circularidad o si su método tiene anclajes que permitan negarla. Nótese el carácter esencial de esta cuestión, pues si la sospecha de ENGISCH se confirma, el planteamiento de RADBRUCH, a saber, la "limitación" del deber ser por parte de la naturaleza de las cosas, sería una ficción de conexión del deber ser con el ser, ya que, en realidad, el deber ser estaría decidiendo de antemano lo que es la naturaleza de las cosas (la naturaleza de las cosas sería de facto algo apriorístico), es decir, decidiendo sobre sus propios límites, lo cual equivale a no tenerlos, esto es, a quedarse de facto en el dualismo metodológico. Y para este viaje no habrían hecho falta alforjas.

Pues bien, lo cierto es que, pese a negar el carácter ontológico de la naturaleza de las cosas, RADBRUCH sí parece entender dicha naturaleza como una atribución condicionada por el ser. Así, en lo que alcanzo, aunque la naturaleza de las cosas sea un juicio de atribución de una esencia, de un sentido objetivo desde la idea de Derecho, la materia *acotaría* la libertad de dicha atribución: por una parte, porque hay sentidos objetivos que la materia no *tolera* —continuando con la metáfora de LASK: el agua no tolera ser esculpida— y, por otra, porque hace que el juicio sea concebido ya *para* dicha materia. De lo contrario, no tiene sentido que RADBRUCH hable de un ir y venir del deber ser al ser y viceversa. Así pues, su planteamiento apuntaría a que el sustrato social condiciona el contenido del Derecho, derivando pues en un relativismo valorativo cuyo referente vinculante serían las formas sociales, los precursores de las relaciones jurídicas. Con todo, será necesario analizar la compatibilidad de esta interpretación de RADBRUCH con su subjetivismo epistemológico y su relativismo.

2.3. La idea de Derecho

Ahora bien, ¿cuál es esa idea de Derecho con la que interacciona la naturaleza de las cosas? Esta cuestión es esencial para el problema de la determinación del Derecho correcto.[38] La idea de

---

[34] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 13: "*Natur der Sache ist ihr Wesen, ihr Sinn, und zwar nicht ein von irgend jemandem wirklich gedachter, vielmehr der allein aus der Beschaffenheit der Lebensverhältnisse selbst zu entnehmende objektive Sinn, die Antwort auf die Frage: wie kann dieses so beschaffene Lebensverhältnis als sinnvoll gedacht werden, d.h. als Verwirklichung einer Idee – und welcher Idee? Und zwar wird gesucht der juristische Sinn und die Rechtsidee, die sich in ihm verwirklicht*".

[35] En la línea de LASK, en quien RADBRUCH se inspira expresamente: "*Ein jedes Sollen ist für einen bestimmten Stoff und deshalb auch durch diesen Stoff bestimmt*" (citado por RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 16).

[36] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 2, núm. 1, p. 14.

[37] ENGISCH, *GS-Radbruch*, p. 66. En este lugar conviene recordar la consideración de NEUMANN, «Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit», *ZStW,* (4), 1987, pp. 568 ss., quien entiende que aquella normativización que no introduzca teleológicamente contenidos materiales en la teoría del delito cae en una tautología.

[38] Este problema se reaviva con la aparición de la famosa fórmula de RADBRUCH. Cfr. al respecto PASTOR MUÑOZ, «Was bleibt übrig von dem Gesetzlichkeitsprinzip in dem Völkerstrafrecht? Zugleich ein Beitrag

Derecho de RADBRUCH, inspirada por el neokantismo de STAMMLER,[39] se basa en tres pilares: la justicia, la adecuación al fin (*Zweckmäßigkeit*) y la seguridad jurídica. La justicia es un valor absoluto,[40] es el fin del Derecho ("*Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen*").[41] Pero dicha justicia es solo un valor formal, cuyo contenido esencial es la *igualdad* concebida en términos no ontológicos; así, la justicia obliga a tratar igual lo que es igual pero no determina *qué* debe ser considerado igual a *qué*.[42] Dentro de la idea de justicia existe ya una primera tensión: la tensión entre la justicia general (*Gerechtigkeit*) y la pretensión de ofrecer una solución justa para el caso concreto (*Billigkeit*),[43] una más de las muchas tensiones (no necesariamente negativas) a las que está sometida toda la concepción de RADBRUCH entre lo abstracto y lo concreto, lo deductivo y lo inductivo, el sistema y el caso. Inspirándose en la Ética a Nicómaco aristotélica, RADBRUCH considera que la *Billigkeit* es una forma de *Gerechtigkeit* y, con ello, sostiene que la una y la otra son solamente dos caminos para llegar al mismo lugar. Al igual que ocurre con la "naturaleza de las cosas" en la idea de Derecho, en la justicia opera la determinación de la idea por la materia (*Stoffbestimmtheit der Idee*): tenemos —así RADBRUCH— que averiguar de qué clase es esa "realidad que está determinada a servir a la justicia" y "podemos extraer del sentido de la realidad conclusiones en cuanto a su esencia". Obviamente, ello es esencial para aclarar qué exigencias dirige la justicia, en cuanto elemento de la idea de Derecho, al ordenamiento jurídico, en la medida en que el Derecho es una realidad (en la medida en que tiene positividad) que tiene el sentido de servir a la "idea de Derecho" (y en esa medida tiene normatividad, es valoración).[44]

La concepción formal de la justicia implica que haya pocos enunciados jurídicos que deriven directamente de ella (sí, el derecho a la defensa o la independencia del juez), proviniendo la mayoría de ellos de la idea de *Zweckmässigkeit*, la "adecuación al fin". Este último fin (*Zweck*) no es el que defina un legislador positivo determinado, sino que se encuentra en el deber ser y proviene de la ética. Ahora bien, para RADBRUCH la ética no impone una jerarquía de valores inmutable, sino que el orden de los tres niveles de bienes éticos (libertad, comunidad, cultura, vinculados a los planos social, global y comunitario) depende de los pueblos, de los tiempos y de cada persona.[45]

über die Leistungsfähigkeit der Radbruchschen Formel», *ARSP,* (4), 2018, pp. 455 ss., con más referencias. Últimamente, NEUMANN, *JZ,* (1), 2020, pp. 7 ss.

[39] VON DER PFORDTEN, «Die Rechtsidee bei Kant, Hegel, Stammler, Radbruch und Kaufmann», en SHING-I-LIU (ed.), *Value, Pluralism, Tolerance and Law*, 2002, pp. 1 s., 17 ss.

[40] Téngase en cuenta que la concepción de la justicia de RADBRUCH experimenta, como tantos otros aspectos de su pensamiento, cambios importantes: así, en los inicios (antes de 1914) RADBRUCH deduce la idea de justicia del valor ético del bien; en cambio, en la *Rechtsphilosophie* concibe la justicia como valor más elevado, no deductible, junto al valor de la verdad, el bien y la belleza, que está "al servicio del valor ético del bien" (WAPLER, en PAULY (ed.), *Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch*, 2011, p. 39).

[41] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 4, núm. 1, p. 37.

[42] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 4, núm. 1, pp. 35 s.; EL MISMO, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, pp. 24 ss.

[43] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, p. 25.

[44] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 4, núm. 1, pp. 37 s.: „*Wie schließlich das Wesen der Gerechtigkeit ist, dieses Verhältnis [der Menschen untereinander] im Sinne der Gleichheit zu gestalten, so gehört es zum Wesen der rechtlichen Anordnung, ihrem Sinne nach auf Gleichheit gerichtet zu sein, den Anspruch der Generalisierbarkeit zu machen, generellen Charakter an sich zu tragen.*" (p. 38)

[45] En efecto, RADBRUCH entiende que la teoría ética de los bienes abarca tres niveles entre los que no existe una jerarquía: en el plano de la sociedad el referente es el sistema de valores individualista y el bien, la

Ahora bien, de nuevo aquí hay que preguntarse si RADBRUCH limita de alguna manera el relativismo ético, es decir, si su idea de Derecho (y, en concreto, la *Zweckmässigkeit*) es una "caja vacía" susceptible de ser "rellenada" con cualquier sistema de valores (individualista, supraindividualista o transpersonalista) o si, en cambio, existen límites materiales. Y ya en este punto (¡en el deber ser!) empieza a asomar algo que podría considerarse un elemento de no-relativismo: en concreto, RADBRUCH, al vincular la *Zweckmässigkeit* con la teoría ética del deber, afirma que los deberes morales son exigencias absolutas al Derecho, el cual ha de garantizar "la posibilidad del cumplimiento del deber ético (...) aquel grado de libertad externa sin el cual no puede existir la libertad interna de la decisión ética". Aquí se constata, en lo que alcanzo, un primer límite al relativismo valorativo en la definición de la jerarquía de los bienes: "la negación absoluta de los derechos humanos o bien desde el punto de vista supraindividualista ("tú no eres nada, tu pueblo lo es todo") o desde un punto de vista transpersonalista ("una estatua de Fidias elimina toda la miseria de los millones de esclavos de la antigüedad", TREITSCHKE)... es Derecho absolutamente incorrecto".[46] Nótese que la exigencia, proveniente del deber ser, conforme a la cual el Derecho debe posibilitar el cumplimiento del deber ético y, para ello, garantizar un cierto grado de libertad externa, constituye un límite material para la definición del Derecho correcto. Ahora bien, la doctrina sigue discutiendo hoy sobre si ese límite al Derecho positivo se ancla en la teoría ética del deber y, por ello, RADBRUCH ya admitía, antes de su fórmula límites materiales al Derecho positivo que le permitían considerar incorrecto el Derecho del nacionalsocialismo, por acentuar este hasta el extremo la idea supraindividualista y negar los derechos humanos,[47] o si la afirmación de límites materiales se debe a un giro hacia el iusnaturalismo que se produce solo a partir de su "fórmula".[48]

Por último, la tercera columna de la idea de Derecho es la *seguridad jurídica*. Esta exige "positividad" e incluso la consolidación de situaciones "injustas" (la cosa juzgada, la prescripción, la consolidación como costumbre de un uso originariamente contrario a la ley).[49] Así las cosas, las tensiones que pueden surgir en el seno de la idea de Derecho de RADBRUCH son evidentes: así, una visión supraindividualista como fin difícilmente es compatible con la justicia, y tampoco son compatibles seguridad jurídica y justicia cuando el Derecho positivo es injusto. Respecto a este último problema, RADBRUCH considera que la renuncia a la seguridad jurídica dependerá del "grado" de alejamiento del Derecho positivo de la idea de justicia,[50] una solución que después consolidará en su conocida "fórmula".[51]

2.4. El relativismo valorativo en Radbruch

En la medida en que RADBRUCH introduce el valor en el Derecho y concibe el valor como una realidad subjetiva, es preciso preguntarse por el alcance de su relativismo valorativo:[52]

libertad; en el plano de la globalidad (*Gesamtheit*) el referente es el sistema de deberes supraindividualista y el bien, el poder; en el plano de la comunidad (*Gemeinschaft*), el sistema de valores es transpersonalista y el bien, la cultura.

[46] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, p. 29.

[47] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, p. 32.

[48] PASTOR MUÑOZ, *ARSP*, (4), 2018, p. 469, n. 60; NEUMANN, *JZ*, (1), 2020, pp. 1 ss.

[49] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, pp. 30 ss.

[50] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, p. 33.

[51] PASTOR MUÑOZ, *ARSP*, (4), 2018, pp. 468 ss.

[52] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 2, p. 13.

¿pertenece el valor al plano puramente subjetivo?; ¿es posible, al menos, alcanzar una cierta "intersubjetividad" de los valores —sin por ello afirmar su existencia objetiva—?, ¿o es posible incluso admitir valores objetivos indiscutibles? Desde la perspectiva del Derecho, es obvia la necesidad de poder afirmar que hay valores *en cierta medida externos* al sujeto cognoscente, pues si el único espacio de relevancia del valor es el sujeto, difícilmente puede hablarse de la entrada del valor en el Derecho. Cuando me refiero a valores "en cierta medida externos" lo hago en dos sentidos posibles: el primero, como valores de naturaleza subjetiva (puestos por el sujeto cognoscente) pero compartidos por los miembros de una sociedad y, en este sentido, intersubjetivos; en este primer sentido, podría afirmarse la existencia de valores sociales de contenido variable (dependientes de la configuración de la sociedad y, por ello, relativos), a los que se llegaría sacando el común denominador de las valoraciones subjetivas de los miembros de la sociedad. Pero también se puede hablar de valores externos en un segundo sentido, como valores con realidad objetiva con una existencia real independiente del sujeto cognoscente (valor como objeto del conocimiento, no como fruto de este). Ello implicaría entender que ni el sujeto cognoscente ni la sociedad tienen el poder absoluto de definir los valores, pues aquellos estarían limitados por la ontología (cuyo alcance se debería definir). Así las cosas, conviene examinar el relativismo de RADBRUCH a la luz de esta distinción.

En RADBRUCH, la apertura del Derecho a la naturaleza de las cosas no es concebida en el sentido de la apertura a un orden ontológico que es objeto del conocimiento, como sí lo hicieron diversos autores clásicos, partidarios de una concepción ontológica del valor (desde CICERÓN,[53] Santo Tomás DE AQUINO y el iusnaturalismo —la naturaleza de las cosas es la "ley intrínseca" a aquéllas—,[54] hasta DERNBURG —"*die den Dingen innewohnende Ordnung*"—[55] o MONTESQUIEU[56]) y también autores que construyeron su concepción sobre la de RADBRUCH pero se distanciaron del relativismo valorativo (así Erik WOLF, que construye su concepción del valor desde la fenomenología de HUSSERL).[57] Ahora bien, un planteamiento kantiano fuerte impide reconocer un valor objetivo —del ser no se puede extraer el deber ser, algo que, en cambio, sí podían hacer los monismos metodológicos: HEGEL, la escuela histórica, la interpretación materialista de la historia, el evolucionismo de Franz VON LISZT—.[58] ¿Es eso lo que ocurre también en el relativismo valorativo de RADBRUCH?[59]

---

[53] Recogida por JUSTINIANO; citado por RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, pp. 22, 24.

[54] Así MAUSBACH, *Naturrecht und Völkerrecht*, 1918, pp. 26 ss.: "*Die menschlichen Handlungen erhalten ihre Regelung durch die Vernunftsnorm, die aus den geschaffenen Dingen hergeleitet wird*", citado por RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 6.

[55] DERNBURG, *Pandekten*, v. I, 3ª ed., 1892, p. 87, citado por RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 8.

[56] Que en este punto se aproxima al iusnaturalismo de Hugo GROCIO (MONSTESQUIEU, *Esprit des lois,* citado por RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 26).

[57] Este es el caso de Erik WOLF, que parte del método de RADBRUCH pero sustituye el relativismo valorativo de este último por la vinculación entre realidad y valor.

[58] ENGISCH, *GS-Radbruch*, p. 64.

[59] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 2, p. 13.

RADBRUCH concibe el valor como *producto del sujeto cognoscente*:[60] "valor y desvalor provienen de nosotros, los observadores, no de las cosas y las personas mismas";[61] no podemos conocer lo que "es" valioso, sino lo que "es considerado" o "puede ser considerado" valioso.[62] El valor, pues, no es un "hecho", sino un producto de la mente humana.[63] Por ello, la corrección de un juicio de valor se puede determinar en relación con la máxima premisa valorativa (*oberstes Werturteil*), esto es, dentro de una determinada visión del mundo, del valor, pero no es posible afirmar o negar la corrección de dicha visión en sí.[64] Así pues, tiene pleno sentido que la idea de justicia sea, en RADBRUCH, de carácter formal: en la medida en que la idea de Derecho tiene validez general, debe ser formal, por lo que el fin del Derecho es algo relativo y, por ello, no generalmente válido para la "idea de Derecho", sino solamente válido para la "obra humana" que es un determinado ordenamiento jurídico.

Si nos detuviéramos aquí, la conclusión a la que habría que llegar es que la referencia del Derecho al valor en el planteamiento de RADBRUCH no permite afirmar la existencia de *valores externos* al sujeto ni, por ello, tampoco someter al Derecho positivo a límites materiales: el fin del Derecho sería un valor relativo, objeto de una decisión y no de reconocimiento y, con ello, solo quedaría la posibilidad de afirmar la incorrección de un ordenamiento jurídico a la vista de ese valor/fin "decidido", pero no la posibilidad de juzgar a ese ordenamiento desde el deber ser (pues este es formal). A ello parece apuntar, por ejemplo, su trabajo sobre "Relativismo en la Filosofía del Derecho", en el que define el Derecho positivo como acto de autoridad, no de verdad; la decisión sobre los valores relevantes –afirma— es una decisión de la conciencia[65] (y, en lo que alcanzo, no una imposición de la realidad). ¿Había que concluir, entonces, que en RADBRUCH el Derecho positivo puede incorporar cualquier valor? Esta cuestión es clave para determinar la *relación entre valor y Derecho positivo*, es decir, para dilucidar si el legislador está vinculado por los valores aceptados por la sociedad.

Desde luego, *en primer lugar*, la idea de justicia de RADBRUCH, por su carácter formal, no ofrece límites materiales. Ciertamente, este autor vincula justicia e igualdad,[66] pero no dota a la idea de

---

[60] Cfr. con detalle, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, III.2.c.

[61] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 1, p. 8.

[62] ENGISCH, *GS-Radbruch*, p. 64.

[63] WAPLER, en PAULY (ed.), *Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch*, 2011, p. 36.

[64] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 2, núm. 2, p. 17: "*Die hier dargelegte Methode nennt sich* Relativismus, *weil sie die Richtigkeit jedes Werturteils nur in Beziehung zu einem bestimmten obersten Werturteil, nur im Rahmen einer bestimmten Wert- und Weltanschauung, nicht aber die Richtigkeit dieses Werturteils, dieser Wert- und Weltanschauung selbst festzustellen sich zur Aufgabe macht*". Dicho relativismo pertenece a la razón teórica, no a la razón práctica: por ello, implica un "*Verzicht auf die wissenschaftliche Begründung letzter Stellungnahmen, nicht Verzicht auf die Stellungnahme selbst*" p. 18. En este punto, RADBRUCH sigue a STAMMLER, quien en su "recuperación" del dualismo metodológico afirma claramente que el precio de la "validez general" de los conceptos de la Filosofía del Derecho es su carácter puramente formal, por lo que esta última no es capaz de generar enunciados jurídicos (RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 3, núm 8, p. 30, con referencias a STAMMLER en § 3, núm. 7, p. 29). Ahora bien, nótese que RADBRUCH se distancia de STAMMLER en la medida en que "corrige" el dualismo metodológico, introduciendo la relación de valor entre el ser y el deber ser (Derecho como "*wertbezogene Wirklichkeit, Kulturerscheinung*", § 3, núm. 9, p. 31).

[65] RADBRUCH, *Der Mensch im Recht*, 1957, pp. 82 ss.

[66] WAPLER, en PAULY (ed.), *Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch*, 2011, p. 49, atribuye gran importancia a este "límite" al relativismo de RADBRUCH, y la tiene en la medida en que permite negar que RADBRUCH sea "puramente positivista" (porque

igualdad de un contenido material, por lo que bastaría que el legislador positivo defina como "distintas" dos clases de personas para poder tratarlas de manera diferente. En este sentido, el límite de la igualdad tiene una capacidad de rendimiento mínima, que se restringe a prohibir desigualdades *internas* en un Derecho positivo (esto es, el trato desigual de situaciones que la ley positiva considera iguales), pero no para medir el Derecho positivo conforme a criterios *materiales* externos.

En segundo lugar, hay un límite que no proviene de la teoría ética de los *bienes*, cuya jerarquía es relativa, sino de la teoría ética de los *deberes* (*supra* 2.3). Esta última obligaría, según RADBRUCH, a concebir el Derecho como posibilidad del cumplimiento moral de los deberes a través de la garantía de un grado suficiente de libertad externa. Y de ahí deduce el límite material que se encarna en los derechos humanos,[67] en la figura del Estado de Derecho,[68] un "contenido mínimo de Derecho natural" que todo Derecho positivo debe respetar para ser "Derecho correcto".[69] Es más, llega a afirmar que el relativismo "exige" un Estado de Derecho (en definitiva, que el Estado esté sometido a la ley).[70] Al respecto, parece que RADBRUCH llega a conclusiones semejantes a las del iusnaturalismo de la Ilustración: el "relativismo exige un Estado de Derecho" (con sumisión del Estado a las leyes que genera) y el "Estado de Derecho no puede existir sin separación de poderes".[71] Pero ¿está admitiendo con ello un límite material absoluto al Derecho positivo y, por tanto, la necesidad de abandonar o, por lo menos, reducir el alcance de su concepción relativista del valor? ¿Es eso lo que acontece cuando rechaza la pena de muerte y las penas infamantes?,[72] ¿o cuando rechaza las "leyes criminales" del nacionalsocialismo?[73] El límite de los derechos humanos en RADBRUCH no es un límite iusnaturalista à la GROCIO (derechos humanos con contenido eterno). Tampoco se trata de un límite formulado desde la Filosofía de la Religión del Derecho (*Religionsphilosphie des Rechts*), la "*wertüberwindende Betrachtung*", en la que se trata de

vincula Derecho e idea de Derecho y, con ello, permite diferenciar el "Derecho" del "No-Derecho"). Sin embargo (véase a continuación en el texto), hay que ser conscientes de que se trata de un límite muy débil. De hecho, la misma WAPLER añade que, en realidad, la "referencia a la justicia" que ha de tener el Derecho la cumpliría "cualquier regulación formulada en términos generales" (p. 49).

[67] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, p. 98.

[68] RADBRUCH, «Erneuerung des Rechts», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949,* 1968, pp. 26 s. Así lo interpreta ENGISCH, *GS-Radbruch*, p. 66, remitiéndose a una de sus últimas conversaciones con RADBRUCH, en la que este último subrayaba que Derecho y moral pertenecen al "deber ser", no al deber del "*müssen*", por lo que un ordenamiento coactivo (*Zwangsordnung*) sería "*Naturordnung*" y no "*Rechtsordnung*". No es "Derecho" coaccionar a alguien a un comportamiento, sino el "deber", cuyo cumplimiento procede de la libertad interna. Así pues, para que se produzca el cumplimiento libre del deber es preciso que el ordenamiento jurídico garantice la libertad externa necesaria para que pueda existir la libertad interna de la decisión moral (pp. 66 s.).

[69] ENGISCH, *GS-Radbruch*, p. 67.

[70] RADBRUCH, *Der Mensch im Recht,* 1957, p. 84: *„Aber das positive Recht kann diese seine Sicherheitsaufgabe nur unter der Voraussetzung erfüllen, daß es nicht allein die Rechtsunterworfenen verpflichte, sondern auch den Gesetzgeber selbst. Es wäre um die Rechtssicherheits geschehen, wenn der Gesetzgeber in der Lage wäre nach Willkür Ausnahmen vom Gesetz zu machen. Die Gesetzgebung ist dem Gesetzgeber anvertraut nur unter der Bedingung, daß er sich selbst der Herrschaft des Gesetzes unterwerfe. Ein Staat, der sich seinem eigenen Gesetz unterworfen weiß, heißt nach der deutschen Rechtssprache Rechtsstaat. Der Relativismus fordert den Rechtsstaat*".

[71] RADBRUCH, *Der Mensch im Recht,* 1957, p. 84.

[72] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, p. 99.

[73] RADBRUCH, en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949,* 1968, p. 26.

juzgar al Derecho "ante Dios" o ante "la esencia más absoluta de las cosas";[74] no lo es porque al "Derecho incorrecto" (leyes nacionalsocialistas) RADBRUCH le niega su "vigencia" y la "vigencia" no es un juicio "*wertüberwindend*", sino "*bewertend*" (esto es, de la Filosofía del Derecho). Pues bien, todo apunta a que el camino metodológico que emprende RADBRUCH para fundamentar determinados presupuestos absolutos (Estado de Derecho, separación de poderes, democracia) es precisamente el principio del relativismo (!).[75] Y es que sería un error interpretativo entender que para RADBRUCH todo es relativo; lo relativo son los valores recogidos en el Derecho positivo (que ve como acto de autoridad, no como acto de verdad). De ahí que entienda que el relativismo exige que el Derecho positivo tenga determinados rasgos. El mismo reconoce que, a través de un camino metodológico distinto al del Derecho natural, a saber, el relativismo, se llega a determinadas conclusiones absolutas sobre el Derecho justo.[76] En conclusión, RADBRUCH intenta lograr un complejo equilibrio para no seguir ni el camino de WINDELBAND y RICKERT ni tampoco el de KELSEN. Los primeros, neokantianos de la Escuela del Sur de Alemania, entendieron que una actitud que niegue la posibilidad de tomar una decisión definitiva sobre valores conduce a la "arbitrariedad en los contenidos" — algo que ocurriría cuando se considera que los enunciados últimos de valor no son fundamentables — y, por ello, rechazaron el relativismo y defendieron la existencia de valores supremos atemporales y con validez general.[77] El segundo (KELSEN) optaría por quedarse con conceptos formales, renunciando a contenidos materiales inmutables. Ahora bien, ese equilibro de RADBRUCH es difícil: llegar por el relativismo a conclusiones absolutas.

Cierto es, *en tercer lugar,* que algún autor ha visto en la apelación de RADBRUCH a la conciencia como fuente del juicio de valor (el juicio de valor proviene de la conciencia, no de la arbitrariedad) un límite a la decisión sobre valores. Así, Werner GOLDSCHMIDT entiende que en RADBRUCH los enunciados últimos de valor no son fruto de un "conocimiento por creencia" (*Bekenntnis: gläubiges Wissen*), sino de un conocimiento axiomático no demostrable basado en experiencias de evidencia (*nicht beweisbare, auf Evidenzerlebnisse stützende Erkenntnis*).[78] Si las cosas son así, las decisiones relativas al valor (los enunciados de valor últimos) no se formularían en condiciones de absoluta libertad, sino limitados por dichas "experiencias de lo evidente", aunque carecerían de la calidad de "conocimiento demostrable" y, en lo que alcanzo, serían subjetivas. Por consiguiente, podríamos aventurarnos a decir que en RADBRUCH el límite de la conciencia contendría el peligro de la arbitrariedad y sería, en cierta medida, una posible fuente de cierta generalización de los valores últimos. La experiencia "de lo evidente" de los miembros de una sociedad les conduciría a conclusiones de conciencia *semejantes* sobre cuáles son los valores últimos. De ahí surgiría un común denominador de valores últimos para esa sociedad (en lo que

---

[74] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 1, pp. 11 s. Como subraya HAUSER, «Die verborgene Lebenslinie. Gustav Radbruch und die Religion», en KAUFMANN, Arthur *(ed.), Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949,* 1968*,* pp. 51 s., el juicio de la Filosofía de la religión no es ni del "ser" ni del "deber ser", sino que tiene que ver con recoger "esencia de las cosas" en conceptos.

[75] NEUMANN, *JZ*, (1), 2020, p. 7.

[76] RADBRUCH, *Der Mensch im Recht*, 1957, p. 85.

[77] WAPLER, en PAULY (ed.), *Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch*, 2011*,* p. 40.

[78] GOLDSCHMIDT, Werner, «Erkenntnis und Bekenntnis», en KAUFMANN, Arthur (ed.)*, Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949,* 1968, pp. 95, 101 s.: "*Die Rechtsphilosophie darf sich (...) nicht darauf beschränken, die verschiedenen Gerechtigkeitsregime symbolisiert und axiomatisiert dem Leser zur gefälligen Auswahl vorzulegen. Sie muß vielmehr selbst erklären, welches der Gerechtigkeitsregime sie für evident hält*" (el resaltado es mío).

alcanzo, intersubjetivos, ¡no objetivos!). Al respecto, resultaría esencial seleccionar los verdaderos actos de conocimiento de los valores últimos de aquellos actos de conocimiento de valores aparentes, pues no toda expresión sobre los valores esenciales podría explicarse como conocimiento basado en experiencias de lo evidente; este criterio permitiría hacer una criba y seleccionar los verdaderos valores compartidos por una sociedad. Probablemente, la coincidencia de los diversos juicios de valor último se debería poner en relación con la naturaleza humana que todos compartimos, pero eso implicaría ir mucho más allá de la posición de RADBRUCH.

Lo que el planteamiento de RADBRUCH permite fundamentar es que las valoraciones individualizadas de los miembros de una sociedad cristalizan en la "naturaleza de las cosas" (los precursores de las relaciones jurídicas) y que esta última vincula al Derecho. La vigencia de valores depende de cada sociedad (*die Auffassung einer Gesellschaft*).[79] Es decir, probablemente RADBRUCH no formularía ninguna objeción al paso *del valor subjetivo al valor intersubjetivo*, el juicio de valor compartido por una sociedad. Harina de otro costal es qué grado de vinculación existe entre valoraciones sociales (el sentido de las formas de vida social, la "naturaleza de las cosas") y Derecho en cuanto obra de la cultura, es decir, en qué medida el Derecho positivo debe reflejar el "clima histórico" que está en la materia.[80] Por otra parte, surge la pregunta de cómo se determina la visión del mundo (no permanente, sino dependiente del tiempo y lugar, de la sociedad) que ha de tomar como referente el Derecho, es decir, cómo se definen los valores de una sociedad cuando esta es plural[81] ("dentro de cada comunidad (...) no hay solamente una interpretación del valor, sino varias"),[82] determinación que no se debe realizar mediante un proceso formal.[83] Y esta cuestión, sin duda, nos recuerda al problema epistemológico del normativismo en la determinación del "núcleo de la identidad normativa de la sociedad". Pero sea como fuere parece claro que RADBRUCH sí identifica un orden de valores *externo* al sujeto, en concreto, social, aunque de entrada lo considere no permanente, sino dependiente del *Zeitgeist* (intersubjetivo, no objetivo: compartido por los sujetos, pero sin realidad ontológica).

En cuarto lugar, hay que subrayar que RADBRUCH ubica el juicio valorativo sobre el Derecho positivo en la Filosofía del Derecho (*bewertende Betrachtung*),[84] pero, en lo que alcanzo, la Filosofía del Derecho no juzgaría al Derecho positivo conforme a valores materiales —RADBRUCH parte del relativismo—, pues queda en el poder del legislador la elección de los valores —legislación como acto de autoridad, no como acto de verdad—.[85] Por tanto, la "corrección" del Derecho pertenece como idea a la razón pura y, por ello, goza de validez general, pero el

[79] RADBRUCH, *Der Mensch im Recht*, 1957, p. 81.

[80] Así lo entiende WÜRTENBERGER, « Zur Idee des „sozialen Rechts" bei Gustav Radbruch», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949,* 1968, pp. 202 s.

[81] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, III.4.C.c.

[82] RADBRUCH. *Rechtsphilosophie*, 2003, § 2, núm. 2, p. 19, n. 21, critica a KRIECK, *Wissenschaft Weltanschauung, Hochschulreform*, 1934.

[83] Algo que se percibe en la crítica de RADBRUCH a KELSEN, en la que aquel rechaza una idea puramente formal de democracia, pues considera inherente a la democracia el elemento de la libertad (como reconocimiento del Estado de Derecho, de la personalidad y de la creación de cultura), *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, p. 105.

[84] La Filosofía del Derecho y la Ética son pues las que contienen "doctrina material del valor" (*materiale Wertlehre*), cfr. ENGISCH, *GS-Radbruch*, pp. 63 s.

[85] RADBRUCH, *Der Mensch im Recht*, 1957, p. 81.

contenido (conocimientos y valoraciones) pertenece a la razón práctica, por lo que solamente es válido para un determinado estado de la sociedad, para una época determinada y para un pueblo determinado.[86] Así las cosas, tiene sentido que algunos autores se hayan planteado si la "fórmula de RADBRUCH" (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*) modifica el modo en que concibe el juicio sobre la corrección del Derecho positivo, juicio que, a partir de la fórmula, se basaría en valores materiales *permanentes* y, por ello, conduciría a un iusnaturalismo de mínimos. En efecto, según esta interpretación, la fórmula de RADBRUCH fijaría una jerarquía entre los tres pilares de la idea de Derecho, pasando la justicia a estar por encima de la seguridad jurídica,[87] e implicaría abandonar la afirmación de que "cualquier bien ético" (cualquier modelo de Estado: individualista, traspersonalista o supraindividualista) es admisible como fin del Derecho.[88] Así NEUMANN ha entendido que la fórmula implica introducir un límite externo a la "libertad" del Derecho en sus decisiones valorativas ("*ontologische Wendung*") y que es dudoso que sea compatible con el paradigma metodológico de RADBRUCH conforme al cual el Derecho es una realidad referida al valor (*wertbezogene Gegebenheit*) que tiene el sentido de ser justa pero que puede ser justa o no serlo, y que, en caso de no serlo, sigue siendo Derecho.[89] Si ello es así o si, por el contrario, con su fórmula RADBRUCH solo intenta desarrollar los límites absolutos ya deducidos con anterioridad de su propio relativismo es una cuestión compleja.

Sea como fuere, este punto, hoy todavía importante, pone de relieve la dificultad (¿o imposibilidad?) metodológica del neokantismo para aceptar contenidos permanentes: en RADBRUCH dichos contenidos se reducirían, antes de su fórmula, a presupuestos necesarios para la posibilidad del relativismo. En ese punto, sí es posible construir el puente de la valoración individual subjetiva a la valoración social, pero esta no sería sino la generalización de un juicio de valor individual altamente compartido (es decir, el valor mantendría su naturaleza subjetiva y no permanente). El paso cualitativamente relevante es el consistente en admitir valores objetivos que limiten al cognoscente (o a la sociedad), algo que solo parece posible con la admisión de un iusnaturalismo de mínimos. Dicho sea de paso, eso no cierra el problema, pues el iusnaturalismo — como, por cierto, también el positivismo – tiene un problema metodológico de argumentación circular,[90] el problema de presentar como conocimiento lo que en realidad son convicciones subjetivas.

---

[86] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 3, núm. 1, p. 22.

[87] Cfr. el análisis de NEUMANN, «Naturrecht und Positivismus im Denken Gustav Radbruchs. Kontinuitäten und Diskontinuitäten», en HÄRLE/VOGEL (eds.), *„Vom Rechte, das mit uns geboren ist". Aktuelle Probleme des Naturrechts*, 2007, pp. 11 ss.

[88] Cfr. al respecto LEICHT, «Obrigkeitspositivismus und Widerstand», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949,* 1968, p. 194. Con detalle, PASTOR MUÑOZ, *ARSP*, (4), 2018, pp. 475 s.

[89] Es decir, RADBRUCH abandonaría la idea de que el Derecho está "referido al valor" (*wertbezogen*) pero no es "valoración" (*bewertend*) (NEUMANN, en HÄRLE/VOGEL (eds.), *„Vom Rechte, das mit uns geboren ist". Aktuelle Probleme des Naturrechts*, 2007, p. 18); VON DER PFORDTEN, en SHING-I-LIU (ed.), *Value, Pluralism, Tolerance and Law*, 2002, p. 3, que con razón afirma que en RADBRUCH la labor „*bewertend*" pertenece a la "idea de Derecho", no al "concepto de Derecho".

[90] KAUFMANN, Arthur, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, 2ª ed., 1993, pp. 66 ss.

3. La impronta del método y del relativismo valorativo de Radbruch en una visión valorativa del Derecho penal

Como indicaba antes, RADBRUCH "abre" el Derecho a la naturaleza de las cosas, a la materia que aquel debe regular. La naturaleza de las cosas ofrece resistencia, limita o incluso configura la idea de Derecho. [91] Con ello, surge un puente entre ser y deber ser que supera el abismo cavado por el dualismo metodológico,[92] pero que no debería malinterpretarse como monismo: ni la naturaleza de las cosas determina completamente la idea de Derecho ni a la inversa; ni hay una dictadura de la materia, ni hay una dictadura del deber ser. Dentro del espacio definido por la naturaleza de las cosas, el legislador goza de libertad para generar un ordenamiento jurídico más abstracto y, con ello, más resistente a los cambios de la vida económica y social o, en cambio, un ordenamiento jurídico más concreto, más vinculado a las formas de vida social y económica y, por ello, más "efímero".[93] Pues bien, este enfoque metodológico tiene importantes consecuencias para el Derecho penal.

Así, si la naturaleza de las cosas, las formas de vida social, se entiende como una realidad autónoma que limita "desde fuera" a la idea de Derecho, al deber ser. Es decir, si partimos de que la categoría de la naturaleza de las cosas no es una paráfrasis del deber ser ni, con ello, un monismo encubierto, ello implica, *en primer lugar,* que el Derecho y, en lo que ahora interesa, el Derecho penal están *vinculados por el sustrato social, el "sentido" de la vida social*. Así, el Derecho penal no podría emitir juicios de desaprobación ignorando los juicios sociales de desaprobación preexistentes. Ciertamente, la validez jurídica del juicio de desaprobación proviene del Derecho, pero la decisión del legislador no puede ser arbitraria, pues ello contradiría la idea de Derecho.[94] De ahí se derivan claros límites materiales (intersubjetivos, sociales) a la criminalización de conductas y un mandato de sintonía (no necesariamente identidad) entre valoración social y valoración jurídico-penal, algo que se plasma hoy en la defensa de un concepto material de delito (ROBLES PLANAS)[95].

En segundo lugar, la visión de RADBRUCH de la relación entre el Derecho y su materia implica que la relación entre ambos no es unidireccional (ni apriorística, ni inductiva), sino que la construcción jurídica es un "ir y venir" del Derecho a la realidad y viceversa. Ese ir y venir lo concibe en los términos de RICKERT y WEBER (también neokantianos): hay que partir de las relaciones vitales y sus concretas reglas de conducta, interpretar su sentido a partir de la referencia a las ideas (extraer de las formas de vida su sentido objetivo)[96] para llegar a un "tipo ideal" (*Idealtypus*) del instituto jurídico; a partir de este último, se deben desarrollar reglas jurídicas concretas —tanto las que han servido como punto de partida de todo el proceso, como

---

[91] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 15.

[92] BARATTA, «Valores y método jurídico en el positivismo penal alemán», en CHIAPPINI, *Problemas de Derecho penal*, 1983, pp. 241 s.

[93] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, p. 84.

[94] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 15: *„Rechtsidee"* como *„Leitgedanke"* del legislador.

[95] ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al Derecho penal», en VON HIRSCH/SEELMANN/WHOLERS (ed. alemana)/ROBLES PLANAS (ed. española), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo,* 2012, pp. 19 ss.; EL MISMO, «Normas de conducta», *InDret,* (1), 2019, pp. 7 ss.; EL MISMO, «La identidad de la dogmática jurídico-penal», *ZIS,* (2), 2010, pp. 140 ss.

[96] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 13.

nuevas reglas que se derivan como consecuencia lógica de la esencia del instituto jurídico—.[97] Ello implica, por una parte, *el rechazo de un sistema dogmático cerrado*, que vive de espaldas a la realidad y pretende tener validez al margen de esta última —radical separación entre el mundo del Derecho y la realidad, como la concibió la escuela histórica del Derecho de SAVIGNY[98] —, pero también, por otra, la *defensa de la dogmática sistemática y la superación del pensamiento tópico*. Ese rechazo de una dogmática hermética y la defensa del pensamiento sistemático[99] son elementos que adoptará después ROXIN y que permanecerán en la visión normativista del sistema del delito.

Además, es esencial subrayar, *en tercer lugar,* que el pensamiento de RADBRUCH deja otra impronta importante en la dogmática-jurídico penal, a saber, *la entrada del valor en la dogmática*. Ello tiene sus luces y sus sombras: con la entrada del valor se logra una concepción del Derecho más satisfactoria, pero llegan también los problemas vinculados a la definición del valor y el acceso epistemológico a este y, en concreto, el problema del relativismo valorativo. Ciertamente, la incorporación del valor al sistema jurídico y la generación, con ello, de una *teoría teleológica*, no es una aportación exclusiva de RADBRUCH: aquella ya aparece claramente en IHERING, cuya influencia en RADBRUCH es perceptible. Pero sí puede decirse que los neokantianos —y probablemente RADBRUCH y la Escuela Sudoccidental con mayor fuerza— contribuyeron con especial intensidad a la *superación del positivismo,* a la introducción del valor en la dogmática. Que la dogmática jurídico-penal no es, no puede ser, positivista, si es que quiere ser algo más que filología de la ley, está claro. Y esa apertura de la dogmática al valor ser ve claramente en ROXIN,[100] cuya visión entronca de hecho con el neokantismo (el finalismo, desde este punto de vista, sería, con palabras de SILVA SÁNCHEZ, un paréntesis metodológico,[101] un periodo en el que se volvió al sistema cerrado). Ahora bien, con la entrada del valor en la dogmática, la tarea de esta última se vuelve mucho más compleja y ambiciosa: ya no se trata de describir, sino de imputar, y los criterios de imputación requieren una fundamentación basada en argumentos basados en valores, no en hechos físico-naturales. Esa es la gran aportación (y, a la vez, la cruz) del normativismo: hay que discutir sobre la naturaleza del valor.

En cuarto lugar, en lo que atañe al valor, el relativismo valorativo de RADBRUCH —cuyo alcance ha sido antes objeto de análisis— determina que el sistema jurídico y, en concreto, el Derecho penal resista al paso del tiempo, en la medida en que puede ser dotado de diferentes contenidos valorativos dependientes de la configuración histórico-cultural de la sociedad para la que dicho

---

[97] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 14.

[98] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, p. 74. SAVIGNY y su Escuela proponían una interpretación "jurídico-conceptual" alejada de toda necesidad del presente. Esto —junto al "formalismo romántico" de dicha escuela, que pretende que el juez sea, siguiendo a MONTESQUIEU, la mera boca que pronuncia las palabras de la ley, sin realizar valoración alguna— forma parte de las razones de la crítica de RADBRUCH a dicha concepción de la ciencia del Derecho.

[99] Conviene recordar aquí la discusión que genera la obra de ROXIN de 1970 *Política criminal y sistema del Derecho penal* y su influencia enorme en la ciencia penal posterior. A partir de ahí, también entre nosotros se recoge de formas diversas esa visión del sistema del Derecho penal como un sistema propio, no esclavo del caso, capaz de pensamiento sistemático, pero a la vez capaz absorber los problemas que plantea la realidad.

[100] Cfr. el análisis detallado de SILVA SÁNCHEZ, «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en EL MISMO (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1997, pp. 18 ss.

[101] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, II.2.D.

Derecho nace. En definitiva, un cierto relativismo hace posible que el Derecho penal tenga una *dimensión histórica*, cambiante. En ese punto, de nuevo, RADBRUCH busca un equilibrio entre lo apriorístico y la naturaleza de las cosas: el concepto de Derecho es apriorístico, al igual que una serie de conceptos jurídicos (enunciado jurídico y sus partes –tipo y consecuencia jurídica-; fuente del Derecho u origen de la normatividad, conformidad y contrariedad a Derecho; derechos y deberes jurídicos como modo de regular las relaciones jurídicas; sujetos de Derecho y objetos de Derecho)[102], de ahí la dimensión sistemática del Derecho. Ahora bien, al estar este último abierto a la naturaleza de las cosas, a la realidad cambiante, se incorpora una dimensión que también es cambiante: "El ideal del Derecho es un ideal precisamente para el Derecho y, además, para el Derecho de una época determinada, un pueblo determinado, unas relaciones sociológicas e históricas muy concretas".[103] Con ello, incorpora al ordenamiento jurídico (a la realización del concepto de Derecho) lo "pasajero", mutable, aunque imprescindible,[104] es decir, lo contingente[105] y descarta una visión hermética el sistema.[106] Ahora bien, la pregunta esencial es si lo permanente en RADBRUCH son determinados conceptos formales o también determinados valores,[107] un problema al que me he referido antes (*supra* 2.4).

4. La visión de Radbruch de teoría del delito y la dogmática jurídico-penal

4.1. La naturaleza de las cosas en la construcción de la teoría del delito

La breve aproximación a cómo concibe RADBRUCH el método debería haber servido para subrayar el carácter central de la naturaleza de las cosas como forma de pensamiento jurídico, una concepción de la construcción jurídica que no opta ni por construir conceptos puramente

[102] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 4, p. 39. Dicho elenco de conceptos jurídicos apriorísticos no es cerrado: la aprioridad es un concepto relacional (entre conceptos y un material fáctico), por lo que no puede ser acotada previamente.

[103] RADBRUCH, *Rechsphilosophie*, 2003, § 2, p. 13.

[104] De modo inequívoco en este pasaje: "*Die Idee [des Rechts] gilt für einen bestimmten Stoff, ist auf diesen Stoff hingeordnet – und ist also von dem Stoff, den sie beherrschen will, wiederum mitbestimmt*" (*Rechsphilosophie*, 2003, § 2, p. 13).

[105] MARCIC, «Gustav Radbruch und Hans Kelsen», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949,* 1968, p. 84.

[106] De ahí la ya mencionada crítica al iusnaturalismo, que pretende deducir de la ley divina el Derecho concreto, sin tener en cuenta el tiempo y lugar al que debe ser aplicado, pero también al dualismo metodológico estricto, que impide que el "ser" tenga relevancia alguna para el "deber ser".

[107] Parece clara la distancia respecto a la doctrina de Tomás DE AQUINO. Ahora bien, téngase en cuenta que Tomás DE AQUINO reconocía abiertamente una dimensión histórica del Derecho, pues entendía que justicia significa dar a cada uno lo que le corresponde, pero la determinación de lo que es justo es necesariamente distinto según los distintos estados de la humanidad. Cfr. SCHWARZSCHILD, «Über Gerechtigkeit», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949,* 1968, p. 73. Al respecto, también VERDROSS, «Beständigkeit und Geschichtlichkeit im Recht», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949,* 1968, p. 136: por ello, en el planteamiento tomista, los principios de Derecho natural no pueden ser aplicados en todas partes del mismo modo (cfr. en pp. 136 s., con referencias a MESSNER y FUCHS).

jurídicos[108] ni se orienta según conceptos provenientes del ser.[109] Según RADBRUCH, la teoría del delito no está vinculada por lo empírico,[110] pero sí por el sentido objetivo que se debe atribuir a la realidad: dicho sentido objetivo que se desprende de la configuración de las formas de vida, es la respuesta a la pregunta "cómo este modo de vida, configurado de esta manera, puede ser pensado como realización de una determinada idea de valor".[111] En lo que alcanzo, *en primer lugar,* el claro distanciamiento de RADBRUCH respecto a una visión de la construcción jurídica vinculada a los conceptos "empíricos" —por cierto, un abandono de planteamiento causalista todavía presente en su escrito de habilitación— y la introducción del "sentido objetivo" de la realidad como referente de la construcción del Derecho va vinculada a la concepción del *delito como sentido y no como ontología*, entroncando claramente con el sistema normativista del delito. *En segundo lugar*, en lo que concierne a la determinación del sentido objetivo de la realidad social, RADBRUCH considera que los conceptos de la teoría del delito no surgen de un consenso, de la "doctrina dominante", sino de la comprensión inevitable (*zwingende Erkenntnis*) de la naturaleza de las cosas, que está por encima de la doctrina dominante y por encima de las definiciones legales[112] (¡y, con ello, del legislador!).[113] Este modo de ver las cosas es el que hoy sostenemos quienes consideramos que la dogmática, el sistema de criterios para una adecuada imputación de responsabilidad penal, no es fruto de una "convención" (del juego de las mayorías, de una legitimación puramente discursiva); la fuerza la tiene el mejor argumento,[114] no el más "consensuado", por lo que la ley no constituye un límite al trabajo de la dogmática, la cual es capaz de poner de relieve la incorrección de la ley (por su falta de ajuste a la naturaleza de las cosas). Dicho esto, *en tercer y último lugar*, el planteamiento de RADBRUCH deja abierta una cuestión que hoy sigue siendo objeto de discusión, a saber, la intensidad del grado de vinculación de la dogmática al sustrato social.[115]

---

[108] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 37, cita un pasaje de BINDING en el que queda claro el rechazo de la capacidad de rendimiento de la "naturaleza de las cosas" para este autor: „*So wichtig die Lebensverhältnisse für das Verständnis der Rechtssätze sind,* so unrichtig ist die oft aufgestellte Behauptung, es ließen sich die Rechtssätze unmittelbar aus ihnen, aus der sogenannten Natur der Sache ableiten, sie sei eine Rechtsquelle oder wenigstens bindend für den Gesetzgeber. *Aus ihr folge z.B. daß mit dem Untergang der Sache das Eigentum daran erloschen, aus ihr, daß jeder Mensch geborene Person sei und daß in der Ehe der Mann zu regieren habe.* Allein kein Lebensverhältnis regelt sich von selbst, *und was man der N.d.S. folgen heißt, ist entweder Folgerung aus der juristischen Natur der Ehe oder des Eigentumsrechts, oder es ist Findung eines Rechtssatzes per analogiam, oder es ist die subjektive Rechtsansicht dessen, der seine Weisheit für die esoterische Weisheit der Dinge selbst hält*"(el resaltado es mío).

[109] Como hacía VON LISZT ("la construcción del concepto de delito tiene que recurrir a la acción natural", citado por RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 38).

[110] En contra EMGE, «Bekenntnis zu Gustav Radbruch», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949,* 1968, p. 44.

[111] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 13; EL MISMO, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959, p. 22.

[112] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 39.

[113] Por lo que limitaría también la libertad del legislador, que estaría atado a un concepto material de delito que le viene dado (ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Límites al Derecho penal*, pp. 19 ss.) y, por tanto, generaría solamente una ley legítima si respeta aquel concepto.

[114] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, III, adenda 2010, 3.

[115] Cfr. las reflexiones de SILVA SÁNCHEZ, *LH-Roxin*, 1997, pp. 28 s., sobre el problema de los límites ontológicos (entendidos en sentido fuerte o en sentido débil) a la labor de la dogmática jurídico-penal, el problema de cuánta libertad tiene la dogmática en su elaboración conceptual normativa (p. 29).

4.2. El rechazo del formalismo y del positivismo hermenéutico

Así las cosas, tiene pleno sentido que RADBRUCH rechace, en la ciencia jurídica, el *formalismo* y, con ello, el *positivismo (hermenéutico)*, esto es, una autocomprensión de la ciencia jurídica como *avalorativa* y esclava de la ley. En efecto, para RADBRUCH, el formalismo obedece a una visión estática del Derecho cuyo intérprete hace "filología".[116] Ello se debe a que el positivismo hermenéutico entiende que las consideraciones de valor del Derecho son acientíficas: esa es la razón por la que dicho positivismo sustituye la Filosofía del Derecho por una Teoría general del Derecho dirigida a construir, a partir de ordenamientos jurídicos positivos, concretos conceptos *generales comunes* para el ordenamiento jurídico. Y eso redunda en una visión que reduce al intérprete, al juez, a la boca que pronuncia las palabras de la ley (MONSTESQUIEU), con el grave problema de que dicha hermenéutica se presenta como avalorativa pero acaba encubriendo decisiones de valor.[117]

Pues bien, RADBRUCH llega a afirmar que la Teoría general del Derecho constituye la "eutanasia de la Filosofía del Derecho" —"eutanasia" porque cuando irrumpe el positivismo, la Filosofía del Derecho ya estaba, según RADBRUCH, bastante herida por el historicismo (SAVIGNY, PUCHTA), el hegelianismo y el materialismo (MARX, ENGELS)—.[118] Para RADBRUCH el camino correcto es el del finalismo, la teleología, conforme al cual el Derecho está al servicio de las necesidades de la vida social, espiritual y moral, un planteamiento que requiere Filosofía y no filología.[119] Los conceptos del Derecho —afirma RADBRUCH— no son propiedad "casual" de un ordenamiento jurídico concreto, sino presupuestos necesarios para que un ordenamiento pueda ser concebido como "ordenamiento *jurídico*" y, por ello, no pueden ser construidos inductivamente, sino determinados apriorísticamente. Ello explica, por una parte, su crítica al formalismo de la Escuela Histórica del Derecho (SAVIGNY), que sustituye la filosofía por la perspectiva histórica, quebrando el vínculo entre Derecho y cultura. Y, por otra, su rechazo de la visión del juez como "ser inanimado". Al respecto, RADBRUCH afirma que, ciertamente, el principio de la separación de poderes ha de llevar a diferenciar la labor del legislador y la del juez (y, con ella, la de la ciencia jurídica), pero que dicha división no consiste en atribuir al legislador la creación del Derecho y al juez su aplicación, sino que la división se produce "dentro de la creación del Derecho":[120] la creación de Derecho del juez solamente tendría validez, a diferencia de lo que ocurre con la del legislador, para el caso concreto. "Jurisprudencia y ciencia del Derecho han seguido siendo, pese a la doctrina de la separación de poderes, creadoras de Derecho y siempre lo serán, y los juristas

[116] RADBRUCH, «Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung. Ein Beitrag zur juristischen Methodenstreit», *ASS,* 1905, pp. 355, 358.

[117] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, III.4.C.b.

[118] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 3, núm. 5, p. 27. RADBRUCH se refiere a la "lógica", pero no en el sentido de la lógica formal (deducción o conceptos clasificatorios), ni en el sentido de la sistemática lógico-objetiva (*sachlogische Systematik*), sino en el sentido de una lógica teleológica. Cfr. respecto a las diversas lógicas desde las cuales construir el sistema, RADBRUCH, «Zur Systematik der Verbrechenslehre», en HEGLER/GRÜNHUT, *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930,* 1930, p. 159.

[119] RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 2ª ed., 1959*,* pp. 63 ss., 67.

[120] Con razón se ha subrayado la relación de RADBRUCH con la *Freirrechtsbewegung* (KANTOROWICZ, FUCHS, etc.). Cfr. al respecto FOULKES, «Gustav Radbruch in den ersten Jahrzehnten der Freirechtsbewegung», en KAUFMANN, Arthur (ed.)*, Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949,* 1968, pp. 234 s.

de hoy se diferencian solo de los juristas de antes y, esperemos, de los juristas del futuro en que aquel oculta lo que los otros admitían abiertamente".[121]

Sobra decir que esta discusión es, todavía hoy, actual. Seguimos reflexionando sobre el papel de la dogmática jurídico-penal en el marco del ordenamiento jurídico y sobre la validez de sus juicios de valor. Paulatinamente, nos hemos convencido de que sería cómodo pero incorrecto ver al juez como un filólogo y que el principio de legalidad no tiene el extenso alcance que pretendía otorgarle la Ilustración, en una ilusión de plena legitimación democrática del Derecho penal. Entre este último y la ley penal existe una gran distancia que cubre la dogmática con su labor valorativa.

4.3. La relación entre ciencia jurídica y Derecho positivo

Ahora bien, ¿qué alcance tiene en RADBRUCH la independencia de la ciencia jurídica respecto al Derecho positivo? De entrada, RADBRUCH define la dogmática como ciencia sistemática "del sentido objetivo de los ordenamientos jurídicos positivos": por una parte, su objeto es el *Derecho positivo vigente* en cuanto obra humana, no el Derecho correcto, el "concepto de Derecho", del que se ocupa la Filosofía del Derecho;[122] por otra, su tarea es averiguar el *sentido objetivo del Derecho*, no el sentido subjetivo que le atribuyó el legislador.[123] Obviamente, la pregunta esencial es si en su concepción es posible una dogmática supranacional más allá del Derecho positivo de un Estado,[124] es decir, si la dogmática puede definir el "deber ser" de la imputación, en el marco del contexto social previamente dado, sin coincidir con las previsiones del Derecho positivo. O, formulado quizá de modo más preciso, la duda no sería tanto si la dogmática puede formular los criterios de imputación al margen de la ley positiva, sino si ello sería, en la concepción de RADBRUCH, ciencia del Derecho o, más bien, Filosofía del Derecho penal.

Esa duda cobra especial fuerza cuando se atiende a cómo define RADBRUCH los tres niveles de la ciencia del Derecho: interpretación, construcción y sistema. Veámoslos con detenimiento. La *interpretación* se dirige a la averiguación del "sentido objetivamente válido del enunciado jurídico", que puede diferir del sentido subjetivo (psicológicamente constatable) que el legislador atribuyó a la ley. Por ello, la interpretación jurídica supera la interpretación filológica, es interpretación lógica de la ley.[125] Las reglas lógicas aplicables a la interpretación jurídica derivan de contemplar el Derecho como "*Kulturerscheinung*" que tiene el sentido de realizar la idea de Derecho.[126] Para RADBRUCH, los enunciados jurídicos son imperativos, expresión de un querer, pero el "sentido objetivo de un querer es un deber ser"; por ello, se puede decir que, si bien el *objeto* de la ciencia del Derecho son hechos (*facta*), el objeto propio de una "ciencia del ser", el *método* es el propio de una ciencia normativa (*Normwissenschaft*), es decir, la ciencia del Derecho

---

[121] RADBRUCH, *ASS,* 1905, p. 364: "*Rechtsprechung und Rechtswissenschaft sind trotz der Gewaltenteilungslehre immer rechtsschöpferisch geblieben und werden es immer bleiben, und nur darin unterscheidet sich der heutige vom ehemaligen und hoffentlich auch vom zukünftigen Juristen, dass er verbirgt, was jene offen zugestehen*".

[122] En esto se diferencia la Ciencia del Derecho de la Filosofía del Derecho (ciencia del fin del Derecho) y de la Política jurídica (ciencia de los medios para alcanzar dicho fin). Cfr. con más detalle en RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 15, pp. 106 ss.

[123] RADBRUCH, *ASS*, 1905, pp. 359 ss.

[124] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, III.4.C.c.

[125] RADBRUCH, *ASS,* 1905, p. 363; EL MISMO, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 15, pp. 108 ss., 113.

[126] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 15, p. 113.

no se interesa por los hechos en cuanto tales, sino por su sentido objetivo.[127] A partir de aquí, la ciencia del Derecho —"*construcción*" cuando se refiere a un instituto jurídico y "*sistema*" cuando se refiere a todo un ordenamiento jurídico— tiene la tarea de elaborar su materia en dos sentidos: (i) la *elaboración categorial* de su materia, esto es, exponer el Derecho como realización del concepto de Derecho y sus categorías jurídicas; a este nivel pertenece, en Derecho penal, la teoría de las normas; (ii) y, además, la *elaboración teleológica*, fruto de contemplar el Derecho como intento de realizar la idea de Derecho; de esta elaboración forma parte, en Derecho penal, la teoría del fin de la pena. En este plano, la dogmática toma los conceptos extrajurídicos y los remodela teleológicamente.[128]

Así las cosas, parece adecuado concluir que RADBRUCH concibe la ciencia del Derecho como vinculada al Derecho positivo en el sentido de que este le proporciona la materia a elaborar categorial y teleológicamente. Ello no implica en ningún caso reducir la dogmática a filología, pero sí implica que el Derecho positivo definiría un coto en el que la dogmática busca el sentido objetivo de la ley partiendo de la idea de Derecho, interpreta y construye el sistema con el referente del valor, lo cual le permite ser crítica con dicho Derecho positivo (esto es, determinar si logra o no realizar la idea de Derecho). La ciencia del Derecho diferencia hechos relevantes e irrelevantes de la mano del criterio de la "relación de valor": solamente tiene en cuenta los hechos que son realizaciones, frustraciones, favorecimientos o impedimentos del valor al cual está orientado.[129] Esto implica que el objeto de la ciencia jurídica puede cambiar, en la medida en que esta está referida al valor que orienta al Derecho y dicho valor no es inmutable: cada época tiene que escribir (o reescribir) su ciencia jurídica de nuevo, sin que ello le prive a esta última de su carácter de ciencia.

4.4. El sistema del delito como sistema abierto: de los conceptos clasificatorios a los "*Typenbegriffe*"

En sus inicios, RADBRUCH fue partidario del *sistema clasificatorio* de su maestro VON LISZT, como muestra su escrito de habilitación de 1903 (*Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*), pero progresivamente se alejó de dicho sistema, pasando a abrazar un *sistema abierto*. Muestra de ello es que en 1930, en la *Festgabe für Frank*, rechaza abiertamente el concepto de acción de VON LISZT y, con ello, sus propias tesis de 1903.[130] Pero ¿por qué abandona RADBRUCH el sistema clasificatorio? Según SCHMIDHÄUSER dicho abandono era, por una parte, el "paso" lógico a la vista de sus conclusiones en su investigación sobre el concepto de acción. Así, en su habilitación RADBRUCH había sostenido que el sistema de la acción y el de la omisión están plenamente separados, son sistemas paralelos,[131] siendo su único vínculo el "concepto formal de

[127] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 15, pp. 115 s.

[128] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 15, p. 115.

[129] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 15, p. 116.

[130] En efecto, RADBRUCH afirma que el concepto naturalístico de acción no sirve como "piedra angular" del sistema del delito y que el concepto fundamental de la teoría del delito es la realización del tipo, *Frank-Festgabe,* p. 162; EL MISMO, *Die Natur der Sache als juristische Denkform* (*FS-Laun*, 1948), citado por la Sonderausgabe de 1964, Darmstadt.

[131] Cfr. el análisis de SCHMIDHÄUSER, «Zur Systematik der Verbrechenslehre. Ein Grundthema Radbruchs aus der Sicht der neueren Strafrechtsdogmatik», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949,* 1968, p. 269. El concepto de acción defendido por RADBRUCH en aquel entonces se aproximaba clarísimamente al concepto de VON LISZT y BELING (Cfr. WOLFF, «Das Problem der

delito como tipo al que el ordenamiento vincula la pena como consecuencia jurídica".[132] Esa conclusión constituía precisamente la prueba del fracaso de la sistemática clasificatoria,[133] ya que el "sistema" no había sido capaz de procesar acción y omisión. Por otra parte, la tendencia general del Derecho penal de principios de la década de 1930 a abandonar el concepto formal de delito y a definirlo conforme a su contenido disvalioso tuvo su influencia en RADBRUCH.

Pues bien, el RADBRUCH de los años 30 define la construcción jurídica como "*Synthese der herausanalysierten Elemente eines Rechtsgebildes*", es decir, una síntesis de los elementos del Derecho que han sido previamente separados mediante el análisis.[134] El punto de partida es la naturaleza de las cosas y su influencia en la idea de Derecho (*Stoffbestimmtheit der Rechtsidee*). En la construcción jurídica se produciría una "progresiva transformación de una relación vital en una relación jurídica y de una relación jurídica en un instituto jurídico",[135] un modo de ver las cosas inspirado en la teoría de los *Typenbegriffe* de Max WEBER. Para RADBRUCH, los conceptos clasificatorios (*Klassenbegriffe* o *Gattungsbegriffe*), construidos mediante la abstracción a partir de casos concretos, no sirven para la construcción jurídica, pues están al servicio de lo *general*, cuando en la construcción jurídica no interesa lo general sino lo *esencial*.[136] Para trabajar con lo esencial es necesario construir *Typenbegriffe*, un término que alude a la idea de "tipos" no en el sentido de los tipos "ideales" como opuestos a los tipos "empíricos" (JELLINEK), sino en el sentido de Max WEBER, esto es, como "esquemas ideales de una realidad depurada de las casualidades individuales", construida coherentemente.[137] En dichos "tipos" se recoge "lo esencial", es decir, "el sentido de las fenómenos empíricos", una esencia que no se construye mediante la inducción a partir de muchos casos, sino que se puede extraer (como hace el juez) de un único caso que sea apropiado para ello.[138] El contenido de sentido de un *factum* se extrae poniendo dicho *factum* en relación con una idea (*Sollen*): el sentido se entiende así como "el *Sollen* realizado en el ser, el valor que se manifiesta en la realidad".[139] El sentido, pues, no se encuentra en el mundo de la realidad, sino en el mundo del valor, el cual proporciona la idea que da sentido al fenómeno empírico. En realidad, este modo de ver la construcción conceptual no sorprende, pues armoniza perfectamente con la visión de RADBRUCH de la naturaleza de las cosas, una naturaleza imputada, fruto de atribuir un sentido a una realidad social, no inherente a la realidad misma (el valor se atribuye, no se "descubre").

Handlung im Strafrech», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949,* 1968, p. 293).

[132] RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1903, p. 143.

[133] SCHMIDHÄUSER, *GS-Radbruch*, pp. 270 s.

[134] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, pp. 31 ss.

[135] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 31.

[136] Cfr. sobre la búsqueda de la "esencia" (y no de la "definición") ya en la jurisprudencia de la Antigüedad y después en la Escolástica (Tomás DE AQUINO) Arthur KAUFMANN, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, 2ª ed., 1993, pp. 55 s., con referencias al trabajo de NÖRR. KAUFMANN explica claramente cómo el giro hacia lo apriorístico se produce con KANT (*die "Jagdt" nach der Definition*), quien dejó una impronta esencial en la ciencia jurídica; antes no existía una pretensión de definición, sistematización y clasificación matemáticas, sino de encontrar la esencia de las cosas.

[137] "*ideale Schemata einer von individuellen Zufälligkeiten gereinigten, folgerichtig durchkonstruierten und deshalb einseitig gesteigerten Wirklichkeit*", citado por RADBRUCH, «Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken», *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, (12), 1938, p. 48.

[138] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, pp. 31, 32.

[139] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 33.

Por ello, tiene sentido que, en RADBRUCH la construcción jurídica no consista en subsumir casos *en* conceptos clasificatorios (fruto de la abstracción de lo común a muchos casos = generalización), sino en la subsunción *entre Typenbegriffe* (fruto de la definición de lo esencial, del contenido de sentido), esto es, en determinar cuán próximo está un caso a una esencia. Nótese que ello no solamente implica superar el hermetismo del sistema cerrado (la "apertura" a las exigencias de la naturaleza de las cosas, que no porta en sí el sentido pero "pide" una atribución de sentido), sino además acentuar que en la construcción jurídica lo relevante es la esencia (el sentido), no la abstracción de lo común.[140]

Para RADBRUCH, los conceptos clasificatorios, provenientes de la lógica tradicional, obedecen a un *pensamiento separador*, diseccionan la realidad, conducen a una repuesta "sí o no". En cambio, los conceptos *ordenadores* no están integrados por elementos que se dan o no en un fenómeno concreto (y, por ello, no exigen como respuesta un *sí* o un *no*), sino por elementos que se dan en mayor o menor medida en el fenómeno en cuestión (y, por ello, permiten como respuesta el *más* y el *menos*). Los conceptos ordenadores son, por ello, adecuados para formular comparaciones y, a partir de estas, *ordenar* los fenómenos en escalas de las que se puede extraer un "esquema de grados", llegando así a los *conceptos tipológicos* (*Typenbegriffe*).[141] Así el sistema clasificatorio cerrado "ignora las notas intermedias"[142] y, por ello, resulta inadecuado para "procesar" la realidad a la que debe ser aplicada. Es más, como ha indicado SILVA SÁNCHEZ, el sistema cerrado puede convertirse en un obstáculo, lo cual explicaría que, en ocasiones, en nuestra jurisprudencia se invierta el orden lógico de las sentencias.[143]

Ahora bien, la apertura o dinamización del sistema incorporando conceptos ordenadores *no significa en absoluto la dilución del sistema*. Se trata de construir un sistema que, sin renunciar a una idea apriorística de Derecho, sea suficientemente flexible —podríamos decir: *poroso*—, para continuar desarrollándose a partir de las exigencias de la realidad, de la "naturaleza de las cosas" (cambiante, históricamente condicionada). Ese objetivo no se puede alcanzar con meras correcciones del sistema clasificatorio, consistentes en añadir "conceptos clasificatorios específicos" (como la "semiimputabilidad").[144] Son necesarios conceptos tipológicos, ordenadores, que no son separadores, sino graduales, es decir, que permiten una "subsunción cuantitativamente graduable" porque "*gehen durch verschwimmende Grenzen ineinander*",[145] así que pueden procesar mejor los fenómenos.[146] Pues bien, esta graduabilidad también puede

---

[140] RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform,* 1964, p. 35. Estas consideraciones se encuentran en perfecta armonía con su rechazo de la Teoría general del Derecho.

[141] RADBRUCH, *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, (12), 1938, pp. 46 s. Cfr. al respecto GRACIA MARTÍN, «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *RECPC,* (18-05), 2016, pp. 36 s.

[142] RADBRUCH, *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, (12), 1938, p. 49.

[143] SILVA SÁNCHEZ, «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal», *RDPC,* (9), 2002, p. 34.

[144] RADBRUCH, *Revue Internationale de la Théorie du Droit,* (12), 1938, p. 50.

[145] RADBRUCH, *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, (12), 1938, p. 47.

[146] RADBRUCH, *Frank-Festgabe,* p. 172. SILVA SÁNCHEZ, *RDPC,* (9), 2002, p. 34: "solo un sistema abierto, flexible, puede orientar la actividad judicial. Y que, por ello mismo, solo un sistema que, sin perder la coherencia interna, las relaciones estructurales de sus elementos, admita su progresiva modificación en función de los cambios de su objeto y de las necesidades aplicativas, puede constituir un marco de consenso mínimo entre el modelo continental y el anglosajón. En definitiva, cabría concluir que el sistema estructurado del delito

predicarse del concepto de delito —en el que se basa precisamente la determinación de la pena-: entre el delito y el no-delito existe un "*fließender Übergang*" y los conceptos clasificatorios implican, en cierta medida, detener ese proceso en un punto concreto ("congelarlo"), cuando la realidad exigiría más matices que solamente se pueden formular a partir de conceptos ordenadores. Los conceptos ordenadores son, en realidad, "conceptos clasificatorios *in statu nascendi*", pero su virtud es precisamente que se encuentran permanentemente en dicho "*statu nascendi*",[147] sin agarrotarse.

La relevancia de este planteamiento es evidente para la dogmática jurídico-penal: el sistema abierto a la realidad que es, por una parte, sistema, pero por otra parte poroso y flexible, dispuesto a absorber las exigencias del caso. Esto implica un abandono de una visión apriorística del sistema del delito que define un molde en el que hay que encajar el caso y, en cambio, se pregunta por la esencia de las cosas y su relevancia normativa para la definición precisa del delito. El camino esbozado por RADBRUCH, que ha dejado claras huellas en nuestra visión actual del sistema del delito, no solo permite que este último tenga mayor capacidad para responder a las exigencias del caso, sino que además sea de por sí capaz de evolucionar, una evolución que no era posible – por lo menos no en ese sentido – en un sistema cerrado que buscaba únicamente su perfeccionamiento mediante una reflexión puramente apriorística.

5. Balance: la herencia de Radbruch para la dogmática jurídico-penal

5.1. La vuelta del valor a la dogmática y la orientación teleológica

Lo dicho hasta ahora sirve para subrayar la impronta de este autor neokantiano en la visión actual de la dogmática. En primer lugar, RADBRUCH, junto a otros neokantianos, impulsa la "modificación esencial de los términos del sistema del Derecho penal", al convertirse el "*valor* en referencia para el contenido de las categorías sistemáticas".[148] Así, el valor, que había sido expulsado de la ciencia del Derecho por el positivismo, es recuperado para la dogmática. Ciertamente, un valor no ontológico, relativo y, por ello, cambiante. Pero la dogmática se pasa a concebir como una discusión sobre el sentido (del delito, de la pena), no sobre la filología de la ley positiva.

En segundo lugar, su *concepción teleológica* de la construcción jurídica (desde la idea de Derecho y el fin del Derecho) conduce a una visión de la dogmática que no se interesa por la realidad en sí (hechos naturales) sino por su *sentido* desde el Derecho. Y el sentido se construye desde los fines del Derecho —los conceptos extrapenales deben, pues, ser remodelados en función de estos últimos—. Ello tiene dos consecuencias importantes. Por una parte, *el abandono de la visión naturalística del delito*: "no hay ningún elemento del tipo que no sea a la vez descriptivo y normativo: si un concepto prejurídico es elevado a concepto jurídico, dicho concepto adopta inevitablemente, también en el caso de ser originariamente puramente descriptivo, rasgos normativos".[149] Por otra parte, que el sistema del delito solamente abarca los presupuestos de la

de tradición alemana podrá también subsistir como referencia para la cultura jurídica anglosajona en la medida en que consiga serlo para la aplicación del Derecho que tiene lugar en su propio ámbito".

[147] RADBRUCH, *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, (12), 1938, p. 53.

[148] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, III.2.C.

[149] RADBRUCH, *Frank-Festgabe,* p. 167. La distinción es, pues, solamente didáctica.

pena que tienen que ver con el merecimiento de pena del hecho o del autor[150] y que el fin de la pena no solo impregna el concepto de delito, sino también la determinación de la pena como reflejo de la diferente medida del delito.[151]

Esta visión teleológica del sistema ha dejado su huella en la actual concepción normativista del delito. En efecto, el rechazo de la visión naturalística y descriptiva del delito y la concepción de este último como "sentido objetivo" (incluso lo aparentemente "descriptivo" tiene una dimensión normativa) ponen las bases de una *concepción normativista* del delito. Y lo interesante es que su planteamiento tiene las mismas luces y sombras que el normativismo actual: las luces, la entrada del valor en el Derecho penal, la visión del delito como sentido, no como naturaleza; las sombras, la dificultad de manejar esa dimensión de sentido, de determinarla, así como de dilucidar la compleja relación entre sentido y ontología.

A la vez, la conexión entre fines de la pena y sistema del delito propia del enfoque teleológico —referido al valor, no a las consecuencias empíricas externas del Derecho penal— se ha consolidado en la doctrina: así, por ejemplo, con matices diversos, esta visión se encuentra en la construcción del sistema del delito a la luz de los fines político-criminales de la pena (ROXIN,[152] casi parafraseando a RADBRUCH), en la construcción del sistema del delito a partir del fin de la pena (JAKOBS) y, entre nosotros, en la construcción de MIR PUIG[153] y SILVA SÁNCHEZ.[154] Hay importantes discrepancias entre estos autores en lo que atañe a la determinación de dichos fines, su legitimación y sus límites. Pero el común denominador sería la *orientación teleológica del sistema del delito*, que abre la puerta a la normativización de la teoría del delito.[155] En efecto, pese a que continuamos debatiendo sobre lo ontológico y lo axiológico (entre la "*Stoff*" y la "*Form*")[156], se puede hablar de una *constante* que "está constituida, sin duda, por la referencia teleológica y por la consiguiente tendencia a una mayor o menor normativización de los conceptos jurídico-penales";[157] la dogmática posterior a los neokantianos sigue por el camino de la normativización, con más o menos reflexión previa sobre el método.[158] Así pues, en los neokantianos estaría la raíz

---

[150] RADBRUCH, *Frank-Festgabe,* pp. 170 s., 163.

[151] RADBRUCH, *Frank-Festgabe*, pp. 171 s.: "*Die Maßverschiedenheit der Strafe kann ja nur auf eine Maßverschiedenheit der Verbrechenseigenschaft der Tat, der Verbrechenseigenschaft des Täters gegründet werden. Es wird also für jeden der Strafzumessungsgründe (...) der systematische Ort in der Verbrechenslehre bestimmt, d.h. ein Verbrechensmerkmal aufgewiesen werden müssen, als dessen stärkere oder schwächere Graduierung es sich darstellt.*" Así, en la determinación de la pena, la pregunta no es el "sí o no" de la pena, sino el "más o menos" pena, un "más o menos" que proviene de traducir todos los factores del caso relevantes para el merecimiento de pena en *un* marco penal concreto (RADBRUCH, *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, (12), 1938, p. 53).

[152] ROXIN, *GS-Radbruch*, pp. 260 ss.; EL MISMO, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1973, pp. 33 ss.

[153] MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed. revisada,* 1982, pp. 41 s.

[154] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, III.4.C.c, quien sostiene una orientación teleológica, siendo el *telos* el valor, no las consecuencias empíricas externas al sistema del delito (*Folgenorientierung,* consecuencialismo). Cfr. también III.4.D.

[155] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, III.2.C.

[156] Esto lo diagnostica ROXIN en 1968 en su valoración de la herencia de RADBRUCH (*GS-Radbruch*, p. 261), refiriéndose a la "*Dialektik von Stoff und Form im Aufbau unserer Verbrechenslehre*".

[157] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, III.2.E, III.3.

[158] Así, ROXIN, *GS-Radbruch*, p. 263, afirma, respecto a la normativización de la teoría del delito que "*dieser Befund (ist) methodologisch noch kaum ausgewertet worden*".

de una concepción mucho más autónoma de la dogmática: en efecto, la entrada del valor, la concentración en la dimensión de sentido del delito, la construcción del sentido desde los fines de la pena determinan que el espacio propio de la dogmática sea enorme, un espacio que, como indicaba, puede considerarse más o menos condicionado por lo ontológico, pero que supone un abandono radical de la visión "raquítica" de la dogmática que estaba vinculada a la concepción naturalística del delito.

5.2. Las raíces del sistema abierto de Roxin en la concepción de Radbruch

Puede decirse que la concepción del sistema del delito de RADBRUCH como *sistema* (sirve para "cohesionar sistemáticamente la materia dispar mediante la unidad de la idea" —"*de(n) disparate(n) „Stoff" durch die Einheit der Idee systematish zusammenzuhalten*") *abierto* (conceptos ordenadores, determinación de la idea por la materia) es asumida claramente por ROXIN. Este último concibe que las categorías del delito son "directrices normativas" cuyo "contenido" es el "conjunto de sus formas no reducibles a un único criterio material";[159] el sistema del delito es, en su opinión, un sistema descriptivo orientado a directrices normativas y está abierto a la realidad, en la medida en que contempla las peculiaridades de las diversas formas del comportamiento punible, en vez de intentar "meterlas en la horma del sistema".[160] Así pues, ROXIN retoma la visión del sistema del delito de RADBRUCH. Parafraseando la metáfora de LASK que desempeña un papel central en la concepción de RADBRUCH de la naturaleza de las cosas, ROXIN afirma que los criterios normativos (acción, injusto, culpabilidad), *en el momento en que entra la materia del Derecho* y se materializan, adoptan una *forma distinta*, al igual que la idea adopta formas distintas al realizarse en mármol o bronce. Y ROXIN rechaza el sistema cerrado (no se trata de subsumir lógico-formalmente la materia en conceptos superiores abstractos) y entiende que hay que desarrollar los criterios normativos "en la materia del Derecho", entendida esta *no como facticidad avalorativa,* sino como una *realidad "conformada por dimensiones de sentido"*.[161] En conclusión, la tarea del sistema sería formular soluciones adecuadas para dicha materia y exponerlas de manera clara y ordenada en sus relaciones estructurales y normativas. Así las cosas, la impronta de RADBRUCH en ROXIN resulta evidente: la apertura del sistema a la política criminal (un sistema teleológico, al servicio de determinados valores) propia del

[159] ROXIN, *GS-Radbruch*, p. 264.

[160] ROXIN, *GS-Radbruch*, pp. 264 s. Esa rigidez del sistema explicaría que la dogmática del delito imprudente sea mucho más burda, pues —afirma ROXIN– la reducción de hecho doloso y hecho imprudente al criterio común de la causalidad condujo a olvidar las diferencias estructurales entre ambos. Y lo mismo podría decirse respecto a la omisión, que hasta GRÜNWALD y Armin KAUFMANN habría sido vista desde la perspectiva de los delitos de comisión.

[161] ROXIN, *GS-Radbruch*, p. 265, asumiendo la visión de RADBRUCH: "*Ein anderes ist die Idee, wenn sie in Marmor, ein anderes, wenn sie in Bronze verwirklicht werden soll. So nehmen auch die normativen Maßstäbe von Handlung, Unrecht und Schuld, wenn sie sich beim Eingehen in den Rechtsstoff materialisieren, eine verschiedene Gestalt an, je nachdem, ob es um Tun oder Unterlassen, um willentliches oder unwillentliches Handeln geht. Versuch, Teilnahme, Irrtum (...) erhalten bei gleicher normativer Konzeption eine abgewandelte, der differierenden Struktur des Rechtsstoffes angepaßte Ausprägung. Diese Stoffbestimmtheit der Idee wird immer dann sichtbar, wenn man nicht unter abstrakte Oberbegriffe formallogisch zu subsumieren versucht, sondern statt dessen, wie es bei systematischen Grundbegriffen allein fruchtbar ist, die normativen Maßstäbe am Rechtsstoff entfaltet; dabei bedarf es kaum Betonung, daß auch der „Rechtsstoff" nicht im Sinne einer wertfreien Faktizität, sondern als eine von Sinnbezügen durchformte Gegebenheit zu verstehen ist*."

planteamiento de este autor se remonta a la concepción definida por RADBRUCH y los neokantianos.[162]

5.3. El puente entre Derecho continental y Derecho anglosajón

No es casualidad que la concepción del sistema de RADBRUCH constituya una base para el entendimiento entre Derecho continental y Derecho anglosajón. Este autor conocía el Derecho anglosajón a fondo y, si bien no lo consideraba asumible en su totalidad, reconocía en él algo de lo que carecía el sistema clasificatorio cerrado: la apertura al caso, a la naturaleza de las cosas, a la realidad gradual.[163] Su estudio del sistema cerrado, por una parte, y el *case law*, por otra, arroja luz sobre cómo cada uno de los dos extremos han descuidado algo esencial: el primero, la toma en consideración de la realidad para la que está pensado el Derecho; el segundo, el sistema (por haberse concentrado en la Teoría del Derecho, en construir conceptos "generales", en vez de en la construcción de conceptos "esenciales"). Pues bien, entre nosotros ha sido SILVA SÁNCHEZ quien ha puesto de relieve la capacidad de rendimiento de la visión de RADBRUCH para construir un puente entre la dogmática sistemática y el *case law* anglosajón.[164]

5.4. La superación de la oposición entre dogmática y política criminal

Con lo dicho hasta ahora, queda claro que la concepción de RADBRUCH del sistema del delito, como sistema teleológico concebido a partir de las finalidades de la pena, implica la superación de la oposición entre política criminal y sistema del delito que marcaba el planteamiento de VON LISZT. Significa el paso de un sistema categorial, basado en una sistemática lógico-objetiva (*sachlogische Systematik*), a un sistema teleológico que se quedó en nuestra visión del sistema, si bien hay un "paréntesis metodológico" en este desarrollo durante la época del finalismo,[165] el cual pone lo lógico-objetivo por encima de lo teleológico.[166] En efecto, ROXIN retoma el método y la normativización propia del neokantismo ya claramente en 1968 (*GS-Radbruch*)[167] y en su obra *Política criminal y sistema del Derecho penal*,[168] aunque admite algunos límites ontológicos

---

[162] SILVA SÁNCHEZ, *LH-Roxin*, 1997, pp. 22 ss., en su análisis del modelo de ROXIN, aborda la cuestión del modo en que este concibe el valor propio de la Política criminal que orienta a la dogmática y, en concreto, la cuestión de si y cuánto principialismo y cuánto consecuencialismo hay en la concepción de ROXIN, concluyendo que su concepción de la Política criminal no es "empírica" (consecuencialismo), sino valorativa.

[163] RADBRUCH, *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, (12), 1938, pp. 52 s.; EL MISMO, *Der Geist des englischen Rechts,* 1956, pp. 23 ss.

[164] SILVA SÁNCHEZ, *RDPC,* (9), 2002, pp. 83 ss.

[165] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, III.2.C, sobre el cambio radical de actitud epistemológica del finalismo (la ubicación del sentido en la ontología). En este sentido también SCHMIDHÄUSER, *GS-Radbruch*, p. 274: WELZEL vuelve a un sistema clasificatorio y al "*Oberbegriff*" de la acción –precisamente rechazado por RADBRUCH en la *Festgabe-Frank* en 1930-.

[166] SCHÜNEMANN, «La política criminal y el sistema de Derecho penal», *ADPCP,* 1991, pp. 701 s.: el finalismo habría vuelto a separar dogmática y política criminal, con la introducción de elementos ontológicos en la teoría del delito.

[167] ROXIN, *GS-Radbruch*, p. 265 rechaza claramente el sistema clasificatorio-deductivo y asume el paradigma de RADBRUCH de los conceptos clasificatorios en un sistema abierto.

[168] SCHÜNEMANN, «Einführung in das strafrechtliche Systemdenken», en EL MISMO (ed.) *Grundfragen des modernen Strafrechtssystem,* 1984, pp. 43 ss. Ya antes en ROXIN, *GS-Radbruch*, p. 265.

(menores que los del finalismo); después, JAKOBS llevará dicho normativismo al extremo, desprendiéndose prácticamente de lo ontológico.[169]

5.5. El problema (de Radbruch y de la dogmática del presente) de los "valores" de referencia en la construcción dogmática

El precio del relativismo valorativo de RADBRUCH, el precio a pagar para tener un sistema que resiste el paso del tiempo, es su vaciamiento de "valores concretos vinculantes" o "limitadores". Por eso SILVA SÁNCHEZ ha subrayado que el sistema del neokantismo, a consecuencia del relativismo axiológico, consiste en "fórmulas reguladoras (...) que no imponen un contenido normativo preciso".[170] Ello implica, ciertamente, que el sistema no tiene límites materiales infranqueables, lo cual lo convierte en especialmente dúctil, en el que caben contenidos muy diversos, dependiendo de cuál sea el valor de referencia.

Así las cosas, un aspecto central de la discusión atañe al origen de los valores de referencia en la construcción dogmática. Ese es un aspecto que resulta complejo de resolver en el marco del pensamiento de RADBRUCH, pues, como se ha indicado antes, no está claro cómo se produce el paso del "valor subjetivo" del sujeto cognoscente al valor "relevante" para el Derecho (siendo discutible si al final RADBRUCH admitiría ciertos valores objetivos o, en cambio, solo valores intersubjetivos). Sea como fuere, los problemas epistemológicos no los tienen solamente quienes optan por una concepción ontológica del valor, sino también quienes han seguido un paradigma relativista. El problema esencial es acceder epistemológicamente a los "valores vigentes" en una sociedad y tiempo concreto (*normatividad social*), teniendo en cuenta el carácter plural de las sociedades y, previo a dicho problema, la cuestión de si es siquiera posible llevar a cabo una averiguación de los valores socialmente vigentes sin estar lastrado por el subjetivismo epistemológico del dogmático.

Pero lo que sí se puede afirmar es que hoy tenemos muy claro que la dogmática jurídico-penal debe realizar una valoración propia (limitada o no por lo ontológico y, por tanto, más o menos "libre"), que la ontología no puede "sustituir" la valoración jurídico-penal (¡ni las estructuras lógico-objetivas, ni la criminología crítica!) y que no existe una "dogmática neutral" (descriptiva) que pueda librarse del peso de justificar sus valoraciones.

5.6. ¿"Autolimitación" de la dogmática a un Derecho positivo concreto?

Por último, las consideraciones de RADBRUCH sobre la dogmática sugieren que este autor limita la ciencia del Derecho al marco de un sistema jurídico concreto,[171] sin que aquella pueda formular enunciados más allá de este último (eso sería tarea de la Filosofía del Derecho). Esta afirmación

---

[169] Recuérdese lo que indica SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, III.3: la pretensión de ROXIN era más práctica que metodológica: su intención era "salvar" a un sistema que, en el contexto del finalismo, se había desentendido de sus efectos en la realidad y su relación con la política criminal. Es JAKOBS quien aborda el normativismo poniendo el acento en lo metodológico. Sobre las diferencias entre el normativismo de ROXIN y el de JAKOBS, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Roxin,* 1997, p. 24, quien subraya que JAKOBS sí admitiría como límite ontológico el que viene dado por el fenómeno de la circularidad hermenéutica de los procesos de conocimiento humanos.

[170] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, III.2.C.

[171] RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2003, § 15, p. 116.

genera la duda de si ello implica que la dogmática neokantiana de RADBRUCH se comprende a sí misma como un mero complemento del Derecho positivo (si "complemento" o "correctivo" se puede discutir). Nótese que de la respuesta a esta pregunta dependen cuestiones esenciales, como la posibilidad de una dogmática supranacional. Algunos autores han sostenido que la dogmática neokantiana vendría a ser un complemento del positivismo, en la medida en que, pese a establecer aquella una relación entre el ser y el valor, este último es contingente (y definido por el legislador mediante un acto de autoridad). Según esto, la dogmática neokantiana asumiría los valores del Derecho positivo, ofreciendo al positivismo las herramientas de las que este carecía (por operar prácticamente solo con "filología" en la interpretación de la ley). Así, la afirmación (expresa) de RADBRUCH conforme a la cual el objeto de la ciencia jurídica, de la dogmática, a saber, el ordenamiento jurídico puede cambiar, parece conducir a la conclusión de que la dogmática puede lograr "resultados" válidos para su objeto (un sistema jurídico concreto), pero no más allá de este último. Sin embargo, aunque es cierto que el relativismo valorativo de RADBRUCH no permite construir un sistema dogmático permanente e inmutable, debido al carácter cambiante del objeto de la dogmática, ello no significa que la dogmática de corte neokantiano sea "positivista" o "nacionalista". Ello sería erróneo, porque el referente para la ciencia del Derecho, la dogmática, no es el "enunciado jurídico en sí", sino el "sentido objetivo de los enunciados", sentido que no depende del querer del legislador, sino que se determina (¡atribuye!) teleológicamente, en concreto, a partir de la idea de Derecho. Lo decisivo es, en la dogmática de RADBRUCH, el "sentido objetivo de la ley atribuido desde la idea de Derecho", no la ley como voluntad de un legislador que ha "tomado" las decisiones valorativas. Por ello, no es cierto que RADBRUCH conciba la dogmática como lacayo del Derecho positivo. Este último es su referente, su "objeto", pero la dogmática está por encima del Derecho positivo. Que ello es así lo demuestra que RADBRUCH no define la "*Zweckmässigkeit*" en sentido positivista-instrumental, sino como referencia del Derecho a los valores jurídicos más elevados.[172] Así pues, para RADBRUCH la dogmática es suprapositiva, aunque tenga como referente el Derecho positivo. Con todo, en RADBRUCH la dogmática sí depende del valor de referencia y, por tanto, sus contenidos se deben modificar en la medida en que dicho valor (el fin, como parte de la idea de Derecho) cambie. En conclusión, la dogmática no sería cambiante debido a su dependencia del Derecho positivo —en tal caso, sí sería el complemento del positivismo—, sino debido a su dependencia de un valor que se concibe como cambiante.

Ahora bien, surge la duda de si la dogmática puede ser crítica con los valores recogidos en el Derecho positivo. Al respecto, se ha discutido si el grado de crítica al legislador que RADBRUCH tolera en sus trabajos de postguerra es coherente con el grado de crítica que habría tolerado antes, en el marco de su relativismo valorativo. En efecto, la lectura de trabajos como la "*Erneuerung des Rechts*" o "*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*" sugieren la introducción de límites materiales que, en lo que aquí interesa, abren la puerta a la afirmación de que en la dogmática hay contenidos mínimos permanentes, algo que, como decía, no está claro que sea compatible con la concepción del primer RADBRUCH.[173] Sobre ello se ha discutido mucho y a este problema he dedicado mi atención en otro lugar.[174]

---

[172] NEUMANN, en HÄRLE/VOGEL (eds.), *„Vom Rechte, das mit uns geboren ist". Aktuelle Probleme des Naturrechts*, 2007, p. 15.

[173] NEUMANN, en HÄRLE/VOGEL (eds.), *„Vom Rechte, das mit uns geboren ist". Aktuelle Probleme des Naturrechts*, 2007, pp. 13 ss.

[174] PASTOR MUÑOZ, *ARSP*, (4), 2018, pp. 455 ss.

Con ello pongo fin a estas líneas. Lo expuesto aquí es solamente una aproximación a algunos de los muchos aspectos de la inmensa obra de Gustav RADBRUCH que pretende subrayar que la comprensión del pensamiento de los neokantianos y, en este caso, de RADBRUCH, nos puede ayudar a comprender mejor los problemas a los que se enfrenta la dogmática actual (el problema del valor, las cuestiones de método, los límites al normativismo) y las cuestiones relativas a su propia identidad (su relación con el Derecho positivo y la posibilidad de una dogmática supranacional o suprapositiva, su relación con la política criminal, etc.).

6. Bibliografía

BARATTA (1983), «Valores y método jurídico en el positivismo penal alemán», en CHIAPPINI, *Problemas de Derecho penal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1983, pp. 233 ss.

———— (1968), «Gedanken zu einer dialektischen Lehre der Natur der Sache», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 173 ss.

CATTANEO (1968), «Gustav Radbruch als Theoretiker und Verteidiger des Rechtsstaats», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 182 ss.

EMGE (1968), «Benenntnis zu Gustav Radbruch», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 44 ss.

ENGISCH (1968), «Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 60 ss.

FECHNER (1968), «Naturrecht heute», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 161 ss.

GOLDSCHMIDT, Werner (1968), «Erkenntnis und Bekenntnis», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 93 ss.

GRACIA MARTÍN (2016), «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-05), 2016 (http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf)

HASSEMER (1968), «Die rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens. Bemerkungen zu Radbruchs Lehre von den Ordnungsbegriffen», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 281 ss.

HAUSER (1968), «Die verborgene Lebenslinie. Gustav Radbruch und die Religion», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 50 ss.

KAUFMANN, Arthur (1993), «Die »ipsa res iusta«. Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie», en EL MISMO, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, 2ª ed., Heymanns, Colonia, pp. 53 ss.

——— (1993), «Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung», en EL MISMO, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, 2ª ed., Heymanns, Colonia pp. 65 ss.

KIRSTE (2011), «Rechtsidee und Elemente der Gerechtigkeit bei Gustav Radbruch», en PAULY, (ed.), *Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch*, Baden-Baden, pp. 57 ss.

KLUG (1968), «Thesen zu einem kritischen Relativismus in der Rechtsphilosophie», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 103 ss.

LEICHT (1968), «Obrigkeitspositivismus und Widerstand», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 191 ss.

MARCIC (1968), «Gustav Radbruch und Hans Kelsen», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 82 ss.

MIR PUIG (1982), *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed. revisada, Bosch, Barcelona.

NEUMANN (2020), «Rechtsphilosophie im Spiegel der Zeit: Gustav Radbruch (1878–1949)», *Juristen Zeitung,* (1), pp. 1 ss.

——— (2007), «Naturrecht und Positivismus im Denken Gustav Radbruchs. Kontinuitäten und Diskontinuitäten», en HÄRLE/VOGEL (eds.), *„Vom Rechte, das mit uns geboren ist". Aktuelle Probleme des Naturrechts*, Herder, Friburgo, pp. 11 ss. (http://www.kas.de/upload/dokumente/verlagspublikationen/Naturrecht/Naturrecht_neumann.pdf)

——— (1987), «Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (4), 1987, pp. 567 ss.

PASTOR MUÑOZ (2018), «Was bleibt übrig von dem Gesetzlichkeitsprinzip in dem Völkerstrafrecht? Zugleich ein Beitrag über die Leistungsfähigkeit der *Radbruchschen Formel*», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (4), pp. 455 ss.

PAUL (1968), «Gustav Radbruchs Konzeption des sozialen Rechts und die marxistische Rechtstheorie», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 107 ss.

RADBRUCH (2003), *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, 2ª ed. (DREIER/PAULSON), C. F. Müller, Heidelberg.

——— (1995), *Gesamtausgabe*, *Band 7: Strafrecht*, C. F. Müller, Heidelberg.

——— (1968), «Erneuerung des Rechts», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 26 ss.

——— (1964), *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, citado conforme a la *Sonderausgabe*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt (primera publicación en HERNMARCK (ed.), *Festschrift zu Ehren von Prof. Dr. Jur. Rudolf Laun*, J. P. Toth, Hamburgo, 1948).

——— (1959), *Vorschule der Rechtsphilosophie: Nachschrift einer Vorlesung*, 2ª ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga.

——— (1958), *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 9ª ed., Koehler, Stuttgart.

——— (1957), *Der Mensch im Recht*, Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga.

——— (1956), *Der Geist des Englischen Rechts*, Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga.

——— (1938) «Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken», *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, (12), pp. 46 ss. Traducción al castellano de José Luis GUZMÁN DALBORA, «Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico», *RECPC*, (11-r3), 2009 (http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-r3.pdf).

——— (1930), «Zur Systematik der Verbrechenslehre», en HEGLER/GRÜNHUT, *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930,* J. C. B. Mohr, Tubinga, pp. 158 ss.

——— (1905), «Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung. Ein Beitrag zur juristischen Methodenstreit», *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1905, pp. 355 ss.

——— (1903), *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem,* Guttentag, Berlin.

ROXIN (1973), *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem,* 2ª ed., de Gruyter, Berlin

——— (1968), «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 260 ss.

ROBLES PLANAS (2019), «Normas de conducta», *Indret. Revista para el análisis del Derecho,* (1).

——— (2012), «Dogmática de los límites al Derecho penal», en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (ed. alemana)/ROBLES PLANAS (ed. española), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, pp. 19 ss.

——— (2010), «La identidad de la dogmática penal», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik,* (2), pp. 134 ss. (también en ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, BdeF, Buenos Aires, 2014, pp. 3 ss.); en alemán, «Das Wesen der Strafrechtsdogmatik», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik,* (5), 2010, pp. 357 ss.

SCHÜNEMANN (1991), «La política criminal y el sistema de Derecho penal», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, (3), 1991, pp. 693 ss.

SCHMIDHÄUSER (1968), «Zur Systematik der Verbrechenslehre. Ein Grundthema Radbruchs aus der Sicht der neuen Strafrechtsdogmatik», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 268 ss.

SCHMIDT (1968), «Gustav Radbruch und die Rechtsgeschichte», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 243 ss.

SCHWARZSCHILD (1968), «Über Gerechtigkeit», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 69 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2010), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires/Montevideo.

——— (2002), «Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal», *Revista de Derecho penal y Criminología,* (9), pp. 83 ss.

——— (1997), «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, pp. 17 ss.

——— (1995), «Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supranacional», en SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS (coord.)/SILVA SÁNCHEZ (ed. española), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, pp. 11 ss.

VERDROSS (1968), «Beständigkeit und Geschichtlichkeit im Recht», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 129 ss.

VON DER PFORDTEN (2002), «Die Rechtsidee bei Kant, Hegel, Stammler, Radbruch und Kaufmann», en SHING-I-LIU (ed.), *Value, Pluralism, Tolerance and Law: in memoriam Professor Arthur Kaufmann*, Taipei Wu-Nan Book Comp, pp. 333 ss.

WAPLER (2011), «Wertrelativismus und Positivismus. Theoretische Grundlagen der Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs», en PAULY (ed.), *Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch*, Nomos, Baden-Baden, pp. 33 ss.

——— (2008), *Werte und das Recht. Individualistische und kollektivistische Deutungen des Wertbegriffs im Neukantismus,* Nomos, Baden-Baden.

WOLF, Erik (1968), «Sich ins Rechte denken. Zu einem Leitwort Gustav Radbruchs», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 76 ss.

WOLFF, Ernst Amadeus (1968), «Das Problem der Handlung im Strafrecht», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 291 ss.

WÜRTENBERGER (1968), «Zur Idee des „sozialen Rechts" bei Gustav Radbruch», en KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, 21.11.1878-23.11.1949*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, pp. 200 ss.

InDret
2.2021

La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?

Jorge Correcher Mira
Universitat de València
-

Sumario

-

¿Tiene sentido hablar de discurso del odio contra un neonazi? Esta es la pregunta que motiva este trabajo, considerando lo dispuesto por la Circular 7/2019 (Fiscalía General del Estado) sobre pautas para interpretar los delitos de incitación al odio tipificados en el art. 510 Código penal, donde se afirma la posibilidad de reconocer como sujeto pasivo de dicho delito a personas de esta ideología. Para ello, partiendo del proceso de discusión constante en que se encuentra la libertad de expresión en tiempos de guerras culturales y la hiper-exposición propia de las redes sociales de uso masivo, se analizará el elusivo concepto de discurso del odio, así como su plasmación normativa en el ordenamiento jurídico español. Sobre esta cuestión, se incidirá especialmente en la pérdida de la posición de preeminencia ocupada por el carácter vulnerable de los colectivos protegidos por el discurso del odio, con la consiguiente deconstrucción de su significado y los riesgos que su aplicación extensiva por los tribunales presenta respecto del ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas.

Abstract

-

Does it make sense to talk about hate speech against a neo-Nazi? This is the question that inspires this paper, taking into account the content of the Circular note 7/2019 (General Public Prosecution) about interpretation criteria regarding hate speech introduced in art. 510 Criminal Code, where it is established the possibility of recognising as a protected group concerning this offence to people who follow this ideology. With this purpose, describing as a starting point the discussion about free speech in a context of cultural wars and permanent exposition through massive social network, the elusive concept of hate speech will be analysed, describing its legal framework in Spanish legal system. About this issue, it is important to pay attention to the progressive loss of importance with regard to the vulnerable position of the protected groups by hate speech regulation, with the consequent deconstruction of its meaning and the risks to free speech derived from its extensive interpretation by case law.

Abstrakt

-

Hat es ein Sinn, über Hassreden gegen einen Neonazi zu sprechen? Diese ist die Frage, die dieser Arbeit zugrundeliegt. Denn es gilt nach dem Rundschreiben 7/2019 der (spanischen) Generalstaatsanwaltschaft über die Richtlinien für die Auslegung der der Straftaten der Anstiftung zum Hass (Art. 510 CP) Menschen dieser Ideologie als passive Subjekte dieser Straftaten anzuerkennen. Ausgehend von der andauernden Diskussion um die Meinungsfreiheit in Zeiten von Kulturkriegen und der dem massiv genutzten Sozialnetzwerken eigenen Überbelichtung werden der schwer zu fassende Hassredebegriff sowie dessen Ausdruck in der spanischen Rechtsordnung. Dabei wird insbesondere der Verlust der Vorrangstellung der die Verletzlichkeit der durch Hassreden geschützten Gruppen erörtert, mit der daraus resultierenden Dekonstruktion ihrer Bedeutung und der Risiken, die ihre extensive Anwendung durch die Gerichte in Bezug auf die Ausübung des Rechts zur freien Meinungsäußerung in sich birgt.

Title: *The trivialisation of hate speech: an expansion of vulnerable? groups*

Titel: *Die Trivialisierung von Hassreden: eine Erweiterung vulnerable Gruppen?*

-

Palabras clave: discurso del odio, colectivo vulnerable, libertad de expresión, efecto desaliento

Keywords: *hate speech, vulnerable group, free speech, chilling effect*

Stichwörter: *Hassrede, verletzliche Gruppe, Meinungsfreiheit, Entmutigungseffekt*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i2.04

InDret

2.2021

Recepción
09/09/2020
-
Aceptación
09/12/2020
-

Índice

-

1. Planteamiento
2. ¿En defensa de la intolerancia?
2.1. El derecho a la libre expresión de ideas en clima de *guerra cultural*
2.2. ¿Merecen protección institucional los grupos neonazis?: dos casos de paradoja de la tolerancia
3. El discurso del odio: entre un concepto elusivo y un tratamiento penal extensivo
3.1. Conceptualización a partir de estándares internacionales
3.2. Referencia al case law del TEDH sobre el hate speech: entre el modelo de intolerancia de la cláusula de abuso de derecho del art. 17 CEDH y el juicio de proporcionalidad del art. 10 CEDH
a. El análisis de la incitación al odio a partir del art. 10 CEDH: el test de Estrasburgo
b. El efecto guillotina del art. 17 CEDH: su aplicación en casos de negacionismo y revisionismo histórico
3.3. El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: el delito de incitación pública al odio, hostilidad, discriminación o violencia del art. 510 CP
a. Cuestiones preliminares: la aprobación por la LO 10/1995 y la reforma motivada por la STC 235/2007 y la Decisión Marco 2008/913/JAI
b. La nueva regulación del discurso del odio *ex* art. 510 CP: problemas de técnica legislativa y anticipación delictiva
c. La conexión entre el sujeto pasivo del delito y el bien jurídico protegido: especial referencia al carácter vulnerable del colectivo
4. La desnaturalización de los colectivos vulnerables como criterio interpretativo
4.1. De la vulnerabilidad a la protección de los sentimientos mayoritarios
4.2. Sobre el efecto desaliento respecto del ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas: aplicación al art. 510 CP
4.3. Supuestos paradigmáticos de banalización del discurso del odio
a. Odio nacional, étnico e ideológico: sobre los casos *Germanwings* y el movimiento Boicot, Desinversiones y Sanciones (BDS)
b. Protección institucional: ¿los cuerpos policiales como colectivo vulnerable?
c. COVID-19
5. Consideraciones finales
6. Bibliografía

-

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

1. Planteamiento*

La referencia al discurso del odio se ha convertido en un recurrente *leitmotiv* dentro del amplio debate que el auge de las redes sociales ha producido en relación con los límites a la libertad de expresión. A esta expansión del uso abusivo del concepto ha favorecido su carácter elusivo, pero también las dudas sobre su delimitación, sembradas por parte de las instituciones públicas.

En primer lugar, desde el propio poder legislativo, mediante la reforma del art. 510 CP operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal (BOE nº 77, 31.03.2015), la cual presenta una técnica legislativa deficiente en la fijación del tenor literal del tipo, al tiempo que establece una serie de parámetros que contribuyen a la anticipación de la barrera delictiva en el plano del *iter criminis*. En segundo lugar, los propios órganos jurisdiccionales han contribuido al proceso de indefinición en que se encuentra el discurso del odio en el ordenamiento jurídico español. Dentro de este ámbito, puede destacarse el contenido de la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado (FGE) sobre pautas para interpretar los delitos de incitación al odio tipificados en el art. 510 CP, donde se establece una extensión de los sujetos pasivos del delito, abandonando la referencia a la noción de vulnerabilidad que integra la interpretación del tipo, para considerar cualquier grupo o colectivo susceptible de ser protegido por el precepto, con la consiguiente restricción de la libertad de expresión que ello supone. Esta tendencia ha sido asumida por los tribunales, abrazando una interpretación extensiva del art. 510 CP, desvirtuando su significado y banalizando la posición que ocupa dentro de la normativa penal antidiscriminatoria.

Partiendo de la situación descrita, y con el objeto de abordar este cambio de tendencia, el presente estudio desarrolla una panorámica en relación con el tratamiento penal del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español, considerando como marco de referencia el clima de redefinición en que se encuentra el propio derecho a la libre expresión de ideas. En este sentido, cabría destacar la modificación en las pautas comunicativas fruto de la revolución digital, así como la fecundidad de este nuevo espacio de conversación pública en cuanto a conflictos culturales se refiere. Afirmada esta realidad, cobrará especial importancia la delimitación conceptual del discurso del odio, así como la conexión del bien jurídico protegido por el art. 510 CP en relación con la defensa de colectivos vulnerables o estructuralmente desfavorecidos. Sobre esta cuestión, se analizarán una serie de supuestos recientes, donde la jurisprudencia española parece apartarse de esta noción de vulnerabilidad, para desarrollar más bien una protección de lo que podría considerarse como sentimientos mayoritarios, mostrando así una gestión de los conflictos derivados del derecho a la libre expresión de ideas en clave restrictiva.

A partir de estos factores, se pretende mostrar la banalización del discurso del odio a la que se hace referencia en este trabajo, dinámica resultante, no sólo de la interpretación extensiva

---

* Autor de contacto: Jorge Correcher Mira, jorge.correcher@uv.es. El presente trabajo se enmarca en los proyectos de investigación DER 2017-86336-R, financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades – Agencia Estatal de Investigación (IP: Lucía Martínez Garay) y RTI 2018-095424-B-I00, financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades – Agencia Estatal de Investigación (IP: Ricardo Juan Sánchez).

realizada por los tribunales, sino también de la utilización indiscriminada de la referencia al discurso del odio en *delitos de opinión* distintos del art. 510 CP (enaltecimiento del terrorismo, injurias a la Corona, ultrajes a España...), así como en relación con la propia dificultad de realizar una delimitación conceptual del discurso del odio. De igual modo, esta problemática jurídica se ve agravada por el contexto de redefinición en que se encuentra la libertad de expresión, presupuesto que será analizado con carácter previo en el siguiente apartado para asentar el marco de referencia de este estudio.

2. ¿En defensa de la intolerancia?

2.1. El derecho a la libre expresión de ideas en clima de *guerra cultural*

Existe en la actualidad una discusión constante sobre la libertad de expresión, sus límites y su adaptación a una conversación pública de masas que ha supuesto la redefinición de las prácticas culturales asociadas al derecho a la libre expresión de ideas en el medio social. De hecho, este debate ha ocasionado el surgimiento de un lenguaje propio, donde se entrecruzan de forma líquida conceptos como *poscensura*, *linchamiento*, *cancelación*, *ofendidito*, *políticamente (in)correcto*, etc.,[1] todos ellos proyectados de forma imparable por el potencial comunicativo de las redes sociales de uso masivo. Así, en este contexto, la libertad de expresión permite una hiper-exposición —habitualmente pasajera— de opiniones sobre cualquier polémica o problemática que pueda afectar a los grupos significados con el objeto de la discusión, o simplemente a las personas que deseen expresar su parecer sobre una cuestión concreta en el marco de la denominada *guerra cultural*.

> El concepto de *guerra cultural* muestra la disputa por la hegemonía[2] a partir de distintos aspectos de la vida social que, mediante su consolidación como prácticas dominantes, pretenden un cambio en la representación pública de una cuestión concreta, con la consiguiente traducción en términos políticos que ello conlleva. Si bien las guerras culturales siempre han estado presentes, los nuevos usos comunicativos derivados del auge de las redes sociales han llevado a su sobreexposición. Una muestra clara de esta dinámica puede observarse en la influencia de la denominada *Alt-Right* (derecha alternativa) en las prácticas discursivas que llevaron a la victoria de Trump en las elecciones presidenciales norteamericanas de 2016,[3] así como en la retórica belicista del

[1] A modo de análisis socio-cultural sobre estas cuestiones, véase entre otros, GERCHUNOFF, *Ironía On. Una defensa de la conversación pública de masas,* 2019; LIJTMAER, *Ofendiditos. Sobre la criminalización de la protesta*, 2019; RENDUELES, *Sociofobia. El cambio político en la era de la utopía digital*, 2013; SOTO IVARS, *Arden las redes. La poscensura y el nuevo mundo virtual*, 2017. Más centrados, aunque no exclusivamente, en el ámbito del control social en las redes, lo que se ha denominado como *panóptico digital*, puede destacarse a CIGÜELA SOLA, *Exclosos i transparentats. Del panòptic a la pantalla digital*, 2017; HAN, *La sociedad de la transparencia*, 2013; HARCOURT, *Exposed. Desire and disobedience in the digital age*, 2015; MARX, *Windows into the soul. Surveillance and society in an age of high technology*, 2016.

[2] Sintéticamente sobre la idea de hegemonía, RENDUELES, en una revisión de las tesis de GRAMSCI como parte de su introducción a una reciente recopilación de sus escritos: "la idea de hegemonía hace referencia al modo en que una clase social es capaz de convertirse en un grupo dirigente mediante una combinación de liderazgo ideológico, coerción y movilización de intereses compartidos que da lugar al consentimiento de los subordinados". Cfr. RENDUELES, «Introducción», en GRAMSCI, *Escritos (Antología)*, 2017, p. 25.

[3] Sobre esta cuestión, véase, NAGLE, *Muerte a los normies. Las guerras culturales en internet que han dado lugar al ascenso de Trump y la Alt-Right*, 2017. En términos más amplios, sobre la incidencia de la *Alt-Right*

> *trumpismo,* impulsada por grupos como *QAnon* o *Proud Boys*, que terminó con el asalto al Capitolio el día de la proclamación de los resultados que otorgaban al demócrata Joe Biden la presidencia de los Estados Unidos en las elecciones presidenciales de 2020. El uso por los grupos más conservadores de Internet como campo de batalla política, asumiendo un lenguaje transgresor, más propio tradicionalmente de posturas transformadoras, supuso un punto de inflexión en la posición *antiestablishment* asumida por Trump, entendiendo como *establishment* no tanto los grandes poderes económicos, de los que él mismo forma parte, sino todo aquello que consideran incluido dentro de la *corrección política*: la igualdad de género, la tolerancia racial, la protección social a colectivos en riesgo de exclusión,[4] etc. En todo caso, esta es una dinámica global, apreciable en muchos de los debates públicos sucedidos en nuestro país en los últimos años. Piénsese en discusiones sobre feminismo, apropiación cultural, identidades sexuales, límites del humor, así como otras con una mayor relevancia jurídica, como la regulación de la prostitución, la memoria histórica o, recientemente, cualquier medida en el ámbito de la crisis sanitaria de la COVID-19.

La situación descrita respecto de la libertad de expresión no hace más que reforzar la encrucijada que representa la represión penal del discurso de odio en el ámbito de un Estado democrático, en tanto que, si bien requiere de una reacción contra aquellas posiciones que niegan sus presupuestos estructurales, una excesiva restricción de la libertad de expresión limitaría la necesaria discusión pública inherente a la confrontación dialéctica de ideas que sostiene una sociedad pluralista. En este punto, puede recordarse la conocida como *paradoja de la tolerancia* presentada por POPPER, la cual sintetiza acertadamente la tensión expuesta: "Si extendemos la tolerancia ilimitada aún a aquellos que son intolerantes; si no nos hallamos preparados para defender una sociedad tolerante contra las tropelías de los intolerantes, el resultado será la destrucción de los tolerantes y, junto con ellos, de la tolerancia".[5] Obviamente, la forma de armonizar esta confrontación no tendrá sólo un alcance autorreferencial, sino que las propuestas de (des)regulación relativas al discurso intolerante muestran rasgos inherentes a la forma de entender cuestiones más amplias al propio ejercicio y límites de la libertad de expresión, como la caracterización de los derechos fundamentales, o del propio sistema democrático en una vertiente más holística.

> En última instancia, el grado de tolerancia con el discurso intolerante, así como la propia valoración institucional realizada respecto de esta problemática muestra el grado de estabilidad y seguridad del propio sistema. Así, RAWLS considera que el respeto recíproco a una Constitución justa, y el orden que de ésta se deriva, permite ampliar los espacios de libertad para los colectivos

---

en la vida política estadounidense, por todos, BATTISTA/SANDE, *Critical Theory and the Humanities in the Age of the Alt-Right*, 2019; BLOCK, *Post-Truth and Political Discourse*, 2019; LEEB, «Laughing at the Other: Toward an Understanding of the Alt-Right with Adorno», en KHANDIZAJI, *Reading Adorno. The endless Road*, 2019; SHAFFER, *Data versus Democracy How Big Data Algorithms Shape Opinions and Alter the Course of History*, 2019; KALANTZIS-COPE, *The Work and Play of the Mind in the Information Age,* 2018.

[4] Si bien desconectado de la *Alt-Right*, resulta interesante para entender el caldo de cultivo sociológico que dio lugar al ascenso de Trump lo expuesto por GOAD, *Manifiesto Redneck*, 2017.

[5] *La sociedad abierta y sus enemigos*, 2010, p. 585. Contrario a esta posición, BOLLINGER, *The Tolerant Society. Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, 1986, a partir de un entendimiento en clave moral de la dicotomía tolerancia vs. intolerancia (p. 242) Considera al citado autor norteamericano que un enfoque renovador de la libertad de expresión requiere capacidad empática respecto de los intolerantes, para que así, mediante una tolerancia de las condiciones que determinan dicha posición, sea posible construir una sociedad más tolerante.

intolerantes.[6] En consecuencia, del mismo modo que una política antiterrorista punitivista denota la fragilidad democrática de un Estado,[7] una excesiva sobrecriminalización de los delitos de opinión[8] muestra la falta de solidez en que se asientan ciertas convicciones generales a nivel cultural, utilizándose así la penalidad como una errónea manera de confirmar una pretendida estabilidad del sistema político. Piénsese, por poner un ejemplo, en el delito de ultrajes a España recogido en el art. 543 CP.[9] Que un sentir patriótico requiera para su construcción y asentamiento en el *sentido común* colectivo la penalización de conductas o expresiones que atentan contra ese sentimiento, como ocurre con la quema de banderas, evidencia las carencias político-sociales sobre las que se asienta un proceso de construcción nacional.

Lo que no puede negarse es la importancia que, en el contexto de un Estado democrático, tiene la promoción de un proceso abierto de deliberación público que permita a la ciudadanía asentar y defender sus propias convicciones ideológicas de forma libre.[10] Esta dialéctica se plasma en lo que HABERMAS denomina como "espacio público-político",[11] marco de referencia donde se produce la continua interrelación entre sociedad civil y sistema político, mediante la articulación de las demandas de ésta a partir de la función mediata desarrollada por la opinión pública.[12] Para posibilitar la efectividad de este espacio, resulta necesaria la implicación de los poderes públicos para impedir inferencias y garantizar que efectivamente pueda apreciarse en el medio social el proceso de intercambio de ideas descrito.[13] En este sentido, resulta deseable para potenciar este proceso que la restricción a la libertad de expresión resulte la mínima deseable para evitar lo que se ha denominado como efecto desaliento[14] (*chilling effect*) en el

---

[6] Cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, 1995, pp. 207 ss.

[7] Opinión sostenida por VIVES ANTÓN en parte de los distintos trabajos compilados por CUERDA ARNAU en *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, 2020. A modo de ejemplo, véase VIVES ANTÓN, «Garantías constitucionales y terrorismo», *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, 2020, pp. 657-663.

[8] El desarrollo de esta dinámica en la última reforma penal es presentado en: CORRECHER MIRA, «¿Los delitos de opinión como alteración del orden público? La sobrecriminalización de la libertad de expresión en pro de la seguridad», en ALONSO RIMO (dir.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, 2019. De igual modo, véase, entre otros, MIRÓ LLINARES, (dir.) *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet,* 2017; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012; TAMARIT SUMALLA, «Los delitos de odio en las redes sociales», *IDP,* (27), 2018.

[9] Sobre este precepto, por todos, LLABRÉS FUSTER, «De los ultrajes a España», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, 2015, pp. 381-402.

[10] Véase, FISS, «Las dos caras del Estado», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2008.

[11] Véase HABERMAS, *Facticidad y validez,* 1998, p. 439.

[12] Siguiendo la propuesta de HABERMAS, el concepto de opinión pública representa una red "para la comunicación de contenidos y tomas de postura, es decir, de *opiniones*, y en él los flujos de comunicación quedan filtrados y sintetizados de tal suerte que se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos". Cfr. HABERMAS, *Facticidad y validez*, 1998, p. 440.

[13] Véase, TERUEL LOZANO, «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *REDC*, (114), 2018, p. 18.

[14] Sobre el efecto desaliento, véase, entre otros: ALCÁCER GUIRAO, «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *RECPC*, (14-02), 2012, pp. 18-19; COLOMER BEA, «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *CEFD*, (41), 2019; CUERDA ARNAU, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del

ejercicio de la libertad de expresión, aunque esto tampoco puede llevar a permitir una expansión de los discursos de odio contra minorías, los cuales, a su vez, puedan suponer un efecto silenciador[15] (*silencing effect*) en el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas por parte de aquéllos colectivos vulnerables que históricamente puedan haber sufrido una situación de discriminación estructural.

> El denominado *efecto silenciador* es una propuesta desarrollada por la doctrina norteamericana, centrada en la crítica al discurso del odio desde la perspectiva del daño que éste causa en la participación en la esfera pública de las minorías. En la síntesis de esta posición presentada por ALCÁCER GUIRAO, "se afirma que la propagación de estereotipos negativos genera una minusvaloración del estatus social de sus miembros, lo que les impide intervenir con plenitud en el debate público dada la pérdida de su *reputación comunicativa*".[16] Sobre esta cuestión, cabe recordar la posición de preeminencia ocupada por el sistema de libertad de expresión desarrollado a partir de la Primera Enmienda a la Constitución estadounidense, donde se configura un marco especialmente proteccionista respecto a la libertad de expresión.[17] Así, la doctrina del *efecto silenciador* supone considerar que el discurso del odio dificulta precisamente que determinados colectivos disfruten del derecho a la libre expresión de ideas reconocido por la Primera Enmienda, en tanto que el hecho de ser destinatarios de mensajes de odio viene a reducir su capacidad de participación en la vida pública, minusvalorando su posición en el medio social. Como FISS sostiene "las expresiones de odio tienden a disminuir el sentimiento de dignidad de las personas, impidiendo así su plena participación en muchas actividades de la sociedad civil, incluyendo el debate público. Aún cuando estas víctimas se expresen, sus palabras carecen de autoridad; es como si nada dijeran".[18] Por lo tanto, para FISS, las eventuales restricciones a la libertad de expresión que

---

efecto de desaliento», *RGDP*, (8), 2007; DOMINGO PÉREZ, «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado 'chilling effect' o 'efecto desaliento'», *REP*, (122), 2003; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor», *RJUAM*, (36), 2017-II, pp. 126 s.; MIRÓ LLINARES/GÓMEZ BELLVIS «Freedom of expression in social media and criminalization of hate speech in Spain: Evolution, impact and empirical analysis of normative compliance and self-censorship», *Spanish Journal of Legislative Studies*, (1), 2020, pudiendo destacarse el carácter empírico de su estudio en relación con el *chilling effect*, así como la inclusión de otras variables como la autocensura de las personas usuarias de redes sociales, en relación con la expresión de opiniones discrepantes con el pensamiento dominante (lo que denominan *chilling effect* 2.0, *vid*., p. 21); RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, pp. 60-65. En la doctrina anglosajona, por todos, CANES-WRONE/DORF, «Measuring the Chilling Effect», *N. Y. Univ. Law Rev*, (90), 2015; SCHAUER, «Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect», *Boston Law Review*, (58), 1978. La incidencia del efecto desaliento sobre la libertad de expresión será desarrollada *infra*. 4.2.

[15] En relación con el efecto silenciador, por todos, FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, 1999; EL MISMO, «El efecto silenciador de la libertad de expresión», *Isonomía*, (4), 1996.

[16] Véase, ALCÁCER GUIRAO, «Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática», *CPyP*, (18), 2019, p. 25.

[17] En relación con el estudio doctrinal de la Primera Enmienda, véase, por todos: HARE/WEINSTEIN (eds.) *Extreme Speech and Democracy*, 2009; 2007; DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, 1996; EMERSON, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 1966; WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, 2014; EL MISMO, «Free Speech and the Menance of Hysteria», *New York Review of Books,* 2008. En la doctrina española, véase, PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO, *La libertad de expresión en América y Europa*, 2017, pp. 17-72; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, pp. 107-206; GASCÓN CUENCA, «La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista», *ACFS* (47), 2013.

[18] Véase, FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, 1999, p. 28.

> supondrían la penalización del discurso de odio estarían precisamente justificadas para garantizar la protección de la Primera Enmienda.[19] En España, parece acoger esta doctrina REY MARTÍNEZ, cuando expone que "el discurso discriminador no sólo atenta contra la dignidad personal de las víctimas (...) sino que también atenta contra la sociedad, pues el daño se produce mediante actos que estigmatizan a todos los miembros de un grupo, fracturando la cohesión social, y atenta, por último, contra el mismo principio democrático porque devalúa la participación de los grupos, convirtiéndolos en minorías aisladas y sin voz en el proceso político".[20]

Así las cosas, si bien se ha afirmado la importancia de promover la libertad de expresión como herramienta necesaria para favorecer la deliberación política, esto no puede suponer que el Estado, al crear las condiciones que permiten el derecho a la libre expresión de ideas, termine favoreciendo el surgimiento de discursos que promuevan la discriminación, el odio o la violencia respecto de distintos colectivos. Como sostiene ALCÁCER GUIRAO, "un Estado democrático comprometido con los valores de la libertad y la igualdad no debe mostrarse neutral —*tolerante*— frente al discurso contrario a esos valores, siendo legítimo, por tanto, introducir regulaciones basadas en el contenido del discurso".[21] Así las cosas, si algo resulta evidente respecto del discurso de odio es su adecuación para captar el "tono general de un sistema",[22] a efectos de analizar las convicciones que sirven como referencia para identificar los criterios orientadores de la libertad de expresión en un contexto concreto. En consecuencia, la forma de entender el discurso de odio tiene mucho que ver con el *Zeitgeis*t, así como del contexto político-cultural derivado de éste.

En este sentido, lo que puede afirmarse es la existencia cada vez más agudizada de una mayor tolerancia institucional hacia discursos de signo extremista, como puede observarse si se analiza la aplicación de la normativa administrativa y penal antidiscriminatoria. Como se verá en los dos ejemplos presentados en el apartado siguiente, la casuística muestra una equiparación como grupos merecedores de protección legal tanto a los pertenecientes a colectivos vulnerables de distinta índole (en función de la raza, etnia, género, orientación sexual, etc.), como a otros que encuentran su razón de ser en ideologías que incitan al odio y a la discriminación (específicamente, grupos neonazis). Así, se produce una legitimación en el plano discursivo de estos últimos, en tanto que se ofrece idéntica protección que la dispensada, por ejemplo, a efectos de evitar la propagación del racismo o la xenofobia. De acuerdo con lo expuesto, la existencia de casos donde se aplica legislación emanada para garantizar la protección de colectivos vulnerables, o para evitar la existencia de discursos racistas y/o xenófobos, a grupos pertenecientes a ideologías que son por sí mismas cepas generadoras de

---

[19] Véase, FISS, *Isonomía*, (4), 1996, pp. 24-27. Otras posturas, especialmente enraizadas en movimientos feministas, consideran que la penalización del discurso de odio, cuando éste se produce como consecuencia de la difusión de pornografía violenta, produce un *efecto silenciador* que encuentra su fundamentación en la Decimocuarta Enmienda, relativa a la protección de la igualdad. Sobre esta posición véase, por todos, MCKINNON, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, 1997; LA MISMA. *Only Words,* 1993; DWORKIN/MCKINNON, *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality*, 1988.

[20] Véase, REY MARTÍNEZ «Discurso del odio y racismo líquido», en REVENGA SÁNCHEZ (dir.) *Libertad de expresión y discursos del odio*, 2015, p. 67.

[21] Véase, ALCÁCER GUIRAO, «Discurso intolerante y esfera pública», *RAE-IC*, 2018, p. 41. En sentido similar, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *RJUAM*, (36), 2017-II, p. 124.

[22] Expresión utilizada por REVENGA SÁNCHEZ, «Los discursos del odio y la democracia *adjetivada*: tolerante, intransigente, ¿militante?», en EL MISMO, *Libertad de expresión y discursos del odio*, 2015, pp. 17-18.

discriminación de distinta índole muestra de qué manera la confusión alrededor de lo que se entiende como discurso de odio representa de forma clara el actual contexto de redefinición en materia de libertad de expresión y comunicación pública.

2.2. ¿Merecen protección institucional los grupos neonazis?: dos casos de *paradoja de la tolerancia*

El ejemplo más reciente, y quizás paradigmático, de lo que aquí se pretende exponer ocurrió el pasado 15 de diciembre de 2019 cuando el Albacete visitaba el estadio del Rayo Vallecano en partido correspondiente a la jornada 20 de la Liga de Segunda División. Entre los jugadores del Albacete se encontraba Roman Zozulya que, en el pasado, había mostrado su apoyo público a ciertos grupos de ideología fascista[23] ubicados en el espectro del ultranacionalismo ucraniano[24] y que, cuando saltó al terreno de juego, recibió por parte de un sector de la grada del Rayo Vallecano, reiterados gritos de "nazi" y "puto nazi" en el caso de los aficionados más beligerantes.

Estos hechos, unidos a las protestas de jugadores y personal técnico del Albacete llevaron al árbitro, en una decisión sin precedentes, a la suspensión del partido, amparándose en las disposiciones (art. 15.3)[25] de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte (BOE nº 166, 12.07.2007). Posteriormente, se le impuso al Rayo Vallecano una multa administrativa de 18.000 euros, así como el cierre parcial

[23] Concretamente, se relaciona a Zozulya con la Organización Nacional de Ucrania (como simpatizante de ésta), partido liderado por Stepán Bandera, así como con el batallón Azov, comando paramilitar neonazi ucraniano, por la existencia en su perfil de Twitter de distintas publicaciones donde muestra su apoyo a estos grupos. De igual modo, por lo que respecta a su adscripción ideológica dentro del difuso ámbito del movimiento neonazi, puede destacarse otra imagen de su perfil de Twitter, donde aparece sonriente en una cancha de baloncesto, vistiendo una camiseta con el dorsal 18, señalando un marcador que refleja las cifras 14 y 88. Esto no tendría mayor relevancia si los movimientos neonazis, especialmente los vinculados a grupos deportivos, no acostumbraran a utilizar cifras para emitir consignas que serían sancionadas jurídica o socialmente de comunicarse verbalmente o mediante gestos. En relación con las cifras citadas, puede acudirse al manual de simbología elaborado por la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte (https://www.csd.gob.es/es/csd/organos-colegiados/comision-estatal-contra-la-violencia-el-racismo-la-xenofobia-y-la-intolerancia-en-el-deporte, última consulta 2.07.2020). Así, el número 18 se corresponde con las letras "A" y "H" del abecedario, en referencia a "Adolf Hitler", así como el 88 corresponde por duplicado con la letra "H", lo que se traduce como "Heil Hitler". Asimismo, la combinación 14/88 hace referencia a las llamadas *14 palabras* acuñadas por el líder supremacista blanco David Lane, "We must secure the existence of our people and a future for white children", en relación con los conocidos como *88 preceptos* para los guerreros blancos.

[24] Este delantero ucraniano vivió en 2017 un frustrado traspaso, precisamente, al Rayo Vallecano cuando militaba en el Betis, como consecuencia de las acusaciones y posterior boicot al fichaje que una parte significativa de la hinchada rayista organizó por su simpatía con grupos de ideología fascista. Ello ocasionó la convocatoria de varias concentraciones de protesta por parte de los aficionados del Rayo Vallecano, así como la pegada de carteles con el lema "Not welcome, la franja no se mancha de racismo", en relación con la franja roja que cruza la camiseta blanca del equipo de Vallecas.

[25] "El árbitro o juez deportivo, podrá suspender definitivamente el encuentro o prueba en función de las circunstancias concurrentes, tras recabar el parecer del Coordinador de Seguridad, todo ello, sin perjuicio de las facultades que les corresponden a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad".

del estadio durante dos partidos. Como dato que pone de manifiesto la excepcionalidad de la decisión, deviene imprescindible destacar que este ha sido el primer evento deportivo en España suspendido por los insultos proferidos por un sector de la grada a los deportistas que protagonizaban el partido.[26]

Volviendo a lo dispuesto por la Ley 19/2007, ésta persigue unificar en su articulado una regulación efectiva contra los movimientos discriminatorios, racistas o xenófobos en el ámbito deportivo,[27] con la finalidad de limitar este tipo de conductas, las cuales, además de constituir prácticas discriminatorias, pueden suponer una eventual vulneración del orden público en los espectáculos deportivos.[28] Así, si bien la Ley busca ser una herramienta para prevenir todo tipo de manifestación violenta en el ámbito deportivo,[29] la lectura de sus preceptos constata que incide especialmente en la prevención de actitudes que puedan considerarse discriminatorias,[30]

---

[26] El fútbol ha sido el deporte donde más claramente ha podido observarse la emisión de cánticos insultantes, discriminatorios o ensalzadores de la violencia por parte de determinados sectores de aficionados. Entre otros, ocupan un lugar destacado los siguientes mensajes: "Rubén Castro no fue tu culpa", creado por aficionados del Betis para exculpar al jugador Rubén Castro de la investigación judicial abierta contra él por violencia de genero; "Aitor Zabaleta era de la ETA", donde se cita al aficionado de la Real Sociedad asesinado por el neonazi Ricardo Guerra, vinculado al grupo Bastión del Frente Atlético (https://www.eldiario.es/sociedad/Aitor-Zabaleta-asesinado-campo-rival_0_730727220.html, última consulta 3.07.2020); insultos racistas como "Negro, basura, tu piel no tiene cura", o la más reciente práctica consistente en emitir sonidos propios de primates cuando jugadores de raza negra tienen incidencia en el juego (sobre este aspecto, cabe mencionar la reciente querella interpuesta por la Fiscalía Provincial de Barcelona, por un delito de incitación al odio, como consecuencia de los insultos proferidos a Iñaki Williams, jugador del Athletic de Bilbao, por seguidores del Espanyol, en partido disputado el pasado 25 de enero en el RCDE Stadium); "Dónde están, no se ven, los amigos de Guillem", cántico recurrente del grupo ultra Yomus del Valencia C.F., el cual hace referencia al asesinato de un militante de colectivos antifascistas valencianos a manos de Pedro Cuevas, vinculado a grupos neonazis. Por lo que respecta a posibles incidentes de alcance racista o xenófobos protagonizados por futbolistas en el propio terreno de juego, véase, RÍOS CORBACHO, «Incitación al odio, derecho penal y deporte», *RECPC*, (16-15), 2014; EL MISMO, «Los nuevos nazis del fútbol», *Diario Palabra de fútbol*, 19.04.2013, http://palabradefutbol.com/los-nuevos-nazis-del-futbol/, última consulta 6.07.2020.

[27] Como dispone el preámbulo, es objeto de la Ley 19/2007 "regular en un solo texto legal todas las medidas de lucha contra la violencia, el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia o cualquier otra manifestación inaceptable de discriminación de las personas, partiendo de la experiencia en la lucha contra la violencia en el deporte".

[28] De acuerdo con los objetivos de la ley, puede hacerse referencia al art. 1 b): "Mantener la seguridad ciudadana y el orden público en los espectáculos deportivos con ocasión de la celebración de competiciones y espectáculos deportivos".

[29] En relación con el estudio empírico sobre la efectividad de la Ley 19/2007 para conseguir los objetivos propuestos, véase, RODRÍGUEZ MONTSERRAT, «La eficacia normativa de la ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte», *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte* (3-2), 2015, pp. 45 ss. A partir de los datos extraídos de las memorias del Consejo Superior de Deportes, el mencionado autor considera (p. 49) la ineficacia de la Ley para la prevención de la violencia generada por los espectadores a los eventos deportivos.

[30] El art. 2.2 a) de la Ley 19/2007 establece como actos racistas, xenófobos o intolerantes en el deporte: «La realización de actos en que, públicamente o con intención de amplia difusión, y con ocasión del desarrollo de una prueba, competición o espectáculo deportivo, o próxima su celebración, una persona física o jurídica emita declaraciones o transmita informaciones en cuya virtud una persona o grupo de ellas sea

racistas y/o xenófobas.[31] Dicho esto, cabe hacer referencia a la preeminencia que los movimientos neonazis han tenido entre grupos ultras de distintos equipos de futbol españoles,[32] siendo precisamente estos grupos los que más han hecho por fomentar la discriminación, el racismo y la xenofobia en los estadios, sea mediante cánticos como los citados anteriormente, o portando simbología filonazi que sirve como soporte ideológico a estas actitudes.

Así las cosas, resulta sorprendente que la primera ocasión en que se suspende un evento deportivo en España por insultar a uno de los jugadores presentes en el terreno de juego haya sido en una situación tan contradictoria como la expuesta en el caso *Zozulya*, donde simplemente se ha puesto de manifiesto la supuesta adscripción ideológica del jugador del Albacete con movimientos ultranacionalistas, fascistas o neonazis en su país natal. El hecho de catalogar como insultos susceptibles de suspender un evento deportivo los gritos que identifican como "nazi" a una persona que, sin entrar en precisiones, simpatiza con movimientos próximos a esta ideología, no puede considerarse más que como una realidad incómoda, sin obviar en este sentido el punto de agresividad verbal que supone añadirle el apelativo "puto". No obstante, y pese a la amplitud de los términos con que está redactada la Ley 19/2007[33], difícilmente puede considerarse la existencia de una infracción en este caso por el mero hecho de utilizar el término "puto" acompañando las convicciones ideológicas de una persona, más si cabe teniendo en cuenta la laxitud con que han sido tratadas otras expresiones de mayor contenido aflictivo para las personas destinatarias. En este sentido, lo más peligroso de la decisión adoptada en el caso *Zozulya* no es la suspensión del partido o la sanción en sí,

---

amenazada, insultada o vejada por razón del origen racial, étnico, geográfico o social, así como por la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual». Ahora bien, la redacción del precepto, como sostiene CUEVA FERNÁNDEZ no se refiere sólo a expresiones discriminatorias, sino que la referencia abstracta a *grupos*, no así a colectivos vulnerables, así como la apertura de la cláusula recogida en el mencionado precepto, permite identificar conductas que no tiene por qué contener expresamente un contenido de alcance discriminatorio. Cfr. RODRÍGUEZ MONTSERRAT, *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, (3-1), 2015, p. 19.

[31] Así, considerando el objetivo recogido en el art. 1 e): "Eliminar el racismo, la discriminación racial, así como garantizar el principio de igualdad de trato en el deporte. A estos efectos se entiende por racismo y discriminación racial directa e indirecta, toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública". De igual modo, puede considerarse lo dispuesto por el art. 20, donde se desarrollan las funciones de la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte, entre las cuales se observa una clara preeminencia por la erradicación del racismo, la xenofobia y la discriminación en el deporte.

[32] Por ejemplo, el Frente Atlético en el Atlético de Madrid, Boixos Nois en el F.C. Barcelona, Ultra Sur en el Real Madrid o Yomus en el Valencia C.F.

[33]Así, el art. 2.2 en su apartado c), considera como actos racistas, xenófobos o intolerantes en el deporte: "Las declaraciones, gestos o insultos proferidos en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus aledaños o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los mismos, que supongan un trato manifiestamente vejatorio para cualquier persona por razón de su origen racial, étnico, geográfico o social, así como por la religión, las convicciones, la discapacidad, edad, sexo u orientación sexual así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución".

sino el mensaje que ésta envía al conjunto de la sociedad, en tanto que al aplicar normativa antidiscriminatoria en este supuesto parece equiparar en el plano discursivo una opción ideológica precisamente generadora de odio y discriminación como lo es el nazismo, con la finalidad proteccionista de la Ley 19/2007 en relación con la erradicación de la discriminación, el racismo y la xenofobia. En este punto, el punto de conflicto, la propia paradoja de la tolerancia a la que se hace referencia, estriba en la necesidad, por un lado, de defender el carácter tolerante de una sociedad abierta, al tiempo que, por otro, se impugnan en el plano narrativo aquellos discursos contrarios a los valores democráticos propios de una esfera pública donde el racismo y la xenofobia no pueden ser tolerados.

Esta misma dinámica puede apreciarse en los términos utilizados por la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) en su Circular 7/2019 (BOE nº 124, 24.05.2019), sobre pautas para interpretar los delitos de incitación al odio tipificados en el art. 510 CP. Si bien se entrará más adelante en el estudio de este precepto,[34] así como en su concreta relación con la protección de colectivos vulnerables,[35] no puede cerrarse este apartado sin hacer referencia a lo que dispone este documento en su apartado 2.4, relativo al "sujeto pasivo de los delitos de odio".[36]

> "El origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos, pero la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. **Así una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacía tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos**".

Como puede verse en la parte resaltada de la Circular 7/2019, la FGE considera que, pese a la conexión del art. 510 CP con la protección de colectivos desfavorecidos, no es necesario acreditar la vulnerabilidad del grupo como elemento constitutivo del tipo.[37] Después de esta matización, continúa afirmando que tampoco se considerarán valoraciones de tipo ético, pasando a sostener, como desafortunado ejemplo, la posibilidad de proteger mediante el art. 510 CP a los grupos nazis cuando puedan ser sujetos pasivos de discursos de odio. Así, esta Circular muestra otra forma de tolerancia institucional hacía el discurso xenófobo, en tanto que la protección ofrecida a estos colectivos, además de desvirtuar la esencia del art. 510 CP, supone *blanquear* la ideología que da cabida a estos colectivos.[38]

---

[34] Véase, *infra* 3.3.

[35] Véase, *infra* 3.3. c) y 4.1.

[36] Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP, p. 23, negrita añadida.

[37] Por la propia estructura de este trabajo, se reservará para el apartado 4.3 la presentación de una serie de supuestos paradigmáticos donde se muestra esta dinámica. Se ha adoptado esta opción metodológica, en tanto que se considera necesario realizar previamente una delimitación conceptual de la locución discurso del odio, así como una aproximación al marco legal ofrecido por el art. 510 CP.

[38] Un caso reciente muestra la aplicación real de lo dispuesto por la Circular en relación con los grupos de ideología nazi. El pasado 12 de octubre de 2020, una manifestación convocada por el partido de extrema derecha España 2000 en el barrio de Benimaclet (València), genero una respuesta vecinal articulada en la convocatoria de protesta "Benimaclet libre de odio. 12-O, nada que celebrar". En los momentos previos a

El contenido de la Circular es una manifestación de neutralidad que muestra, sea de forma voluntaria o involuntaria, un posicionamiento ideológico claro, esto es, la consideración de grupos extremistas como un colectivo digno de protección, con la consiguiente legitimización de sus postulados.[39] Asimismo, cabe considerar el daño que este proceso de *blanqueamiento* institucional podría suponer a los colectivos susceptibles de ser atacados por los grupos de ideología nazi. Como sostiene SANDEL, en su caso, respecto a la cobertura ofrecida por la Primera Enmienda en relación con el discurso racista y/o xenófobo, la posibilidad de proteger a los nazis o a los racistas en nombre de la neutralidad institucional supone una desprotección respecto de las personas atacadas como miembros de las comunidades a las que pertenecen, pues de su estatus como miembros de éstas dependerá su propia autoestima.[40] Muy críticos, DELGADO y STEFANCIC consideran que la protección dispensada por la Primera Enmienda a expresiones que pueden ser constitutivas de discursos de odio, más que a una defensa de la libertad de expresión, obedecen a la funcionalidad desplegada por el *hate speech* como forma de perpetuar el *statu quo,*[41] llegando a considerar que la funcionalidad desplegada por los discursos de odio contra colectivos afroamericanos despliega el mismo poder simbólico que la esclavitud. Obviamente, hablamos de situaciones distintas, pues la crítica de la doctrina norteamericana toma como punto de partida la cobertura dispensada por la Primera Enmienda al discurso de odio emitido por grupos nazis, mientras que la contenida en estas páginas parte de la inclusión explícita de estos colectivos como sujeto pasivo del art. 510 CP, con la consiguiente banalización que ello supone para los colectivos vulnerables protegidos.

3. El discurso del odio: entre un concepto elusivo y un tratamiento penal extensivo

3.1. Conceptualización a partir de estándares internacionales

No resulta precipitado afirmar que la utilización generalizada del concepto discurso de odio ha sido uno de los principales factores que ha motivado su desnaturalización. Como se ha dicho, el *uso y abuso*[42] de la locución, así como la simplificación de limitar los márgenes de la libertad de expresión en los supuestos que los tribunales consideran incluidos en su difuso contorno,[43]

---

esta concentración, tres personas fueron detenidas tras un altercado con los militantes de España 2000, constando en al atestado la acusación por delitos de odio contra los manifestantes, adscritos a la ideología extremista que reconoce la FGE en su Circular.

[39] Respecto de la neutralidad como posicionamiento ideológico en su más pura extensión, véase, ZIZEK, *Primero como tragedia, después como farsa*, 2013, p. 31.

[40] Véase, SANDEL, *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*, 1996, p. 89.

[41] Véase, DELGADO/STEFANCIC, *Must We Defend Nazis? Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment*, 1997, p. 161.

[42] Véase, ALCÁCER GUIRAO, «Diversidad cultural, intolerancia y Derecho penal», *RECPC*, (18-11), 2016, p. 3.

[43] Sobre esta cuestión, resulta significativa la remisión al discurso de odio utilizada por los tribunales para justificar el castigo de conductas distintas a la recogida por el art. 510 CP, como sucede con el enaltecimiento del terrorismo previsto en el art. 578 CP. Esta dinámica puede apreciarse en la STS nº 4/2017, de 18 de enero, (MP: Manuel Marchena) donde se condena al cantante César Strawberry como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo por el contenido de unos tuits, encontrándose la decisión del TS determinada por la identificación de la conducta apologética con el discurso del odio, cuando en realidad se trata de cuestiones distintas. En relación con este caso, véase CORRECHER MIRA, «¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo», *Diario La Ley*, (9600), 2020, pp. 5-8. Ampliamente, en relación con la distinción conceptual entre discurso de odio y discurso terrorista, véase CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ,

muestran los riesgos de delimitar el derecho a la libre expresión de ideas a partir de un concepto tan difícil de concretar en el ámbito normativo.

> Partiendo de la descomposición de los dos términos que componen la expresión *discurso de odio*, VIVES identifica, por un lado, la propia noción de *discurso* como forma de intercambio de razones, definiéndolo como el lugar propio de la reflexión y la comunicación interpersonal,[44] a partir de los parámetros de la propia ética del discurso desarrollada por HABERMAS.[45] Por eso, entiende VIVES la posible incongruencia en que se incurre cuando se cataloga cualquier clase de *discurso extremo* como *discurso de odio*, pues la propia consideración como *extrema* de una forma comunicativa hace que la calificación de *discurso* termine resultando inadecuada.[46] Por su parte, ALCÁCER GUIRAO propone una definición que enfatiza la vulnerabilidad de los colectivos a los que va dirigido el *discurso del odio*, el cual conceptualiza como "todo mensaje público de rechazo o menosprecio dirigido contra grupos sociales caracterizados por su situación actual o potencial de marginación social, o por haber sido tradicionalmente objeto de discriminación".[47] En este sentido, el concepto de *odio* viene determinado por la producción de efectos discriminatorios en los colectivos a los cuales va destinado el *discurso*, razón por la que LASCURAÍN SÁNCHEZ estima pertinente denominar los delitos producidos como consecuencia del discurso de odio, no como "delitos de odio", sino con la expresión "delitos de discriminación".[48] Si bien mantiene la denominación "delitos de odio", LAURENZO COPELLO también sitúa los efectos discriminatorios como elemento nuclear del *discurso del odio*, en tanto que lo vincula con "actos de discriminación que encuentran su razón de ser en estereotipos y prejuicios fuertemente enraizados en la comunidad respecto a determinados grupos percibidos por la mayoría como indeseables o incluso peligrosos para la estabilidad y la cohesión social"[49]. En gran medida, el carácter elusivo del *discurso del odio* encuentra su razón de ser en la propia indeterminación que representa la plasmación del *odio* como concepto normativo. Sobre esta cuestión, resulta de interés la excelente contribución de FUENTES OSORIO,[50] quien delimita en tres categorías las distintas manifestaciones delictivas en que puede concretarse el *odio*: odio como aversión agravante, odio como amenaza de daño futuro y odio como lesión.

Así las cosas, la difícil concreción normativa del concepto discurso de odio lleva a su delimitación siguiendo estándares internacionales[51]. En este punto, cabe hacer referencia en primera instancia a lo dispuesto por la Convención internacional sobre la eliminación de todas

---

¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código penal, 2019.

[44] Véase, VIVES ANTÓN, «Sobre la apología del terrorismo como discurso de odio», en REVENGA SÁNCHEZ (dir.) *Libertad de expresión y discursos del odio*, 2015, pp. 34-37.

[45] Véase, HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, 1981.

[46] Véase, VIVES ANTÓN, en REVENGA SÁNCHEZ (dir.) *Libertad de expresión y discursos del odio*, p. 45.

[47] Véase, ALCÁCER GUIRAO, *CPyP*, 2019, p. 20.

[48] Véase, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?», en GARCÍA GARCÍA/DOCAL GIL, *Grupos de odio y violencias sociales*, 2012, pp. 23-25.

[49] Véase, LAURENZO COPELLO, «La manipulación de los delitos de odio», en PORTILLA CONTRERAS/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Un juez para la democracia, LH Perfecto Andrés Ibáñez,* 2019, p. 461.

[50] Véase, FUENTES OSORIO, «El odio como delito», *RECPC*, (19-27), 2017; EL MISMO, «Concepto de odio y sus consecuencias penales», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017.

[51] Para un análisis exhaustivo de esta técnica véase, por todos, GASCÓN CUENCA, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, 2016, pp. 23-75.

las formas de discriminación racial (en adelante, CEDR), de 21 de diciembre de 1965.[52] Si bien no contiene una mención expresa respecto de la definición del discurso del odio, sí que resulta destacable hacer referencia a la previsión contenida en su art. 4, donde, además de condenar los mensajes que incidan en la discriminación racial, establece una serie de obligaciones positivas respecto de los Estados firmantes, dirigidas a incluir en sus ordenamientos jurídicos tipologías penales que, entre otras cuestiones, castiguen la difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial:[53]

> "Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación…".

Lo dispuesto en el art. 4 de la CEDR establece la base para el desarrollo de la protección contra el discurso del odio en la normativa internacional, siendo precedente de textos específicamente centrados en esta cuestión elaborados por las instituciones europeas. Así, cabe hacer referencia a la profusa normativa elaborada desde el Consejo de Europa, destacando lo dispuesto en la Recomendación (97) 20 del Consejo de Europa sobre el discurso del odio de 30 de octubre de 1997, de la cual puede obtenerse una definición del concepto:

> "todas las formas de expresión que difundan, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio racial y de intolerancia, incluida la intolerancia expresada a través de un nacionalismo agresivo y etnocéntrico, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante".

En esta línea, también puede hacerse referencia a la más reciente Recomendación de Política General nº 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), adoptada el 8 de diciembre de 2015.[54] Este texto define el discurso del odio como:

---

[52] Disponible en: https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx (última consulta 21.07.2020). La obligación positiva recogida por el art. 4 CEDR tiene su reflejo en el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966: "Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley". Disponible en: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx (última consulta 21.07.2020).

[53] Véase, GASCÓN CUENCA, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español*, 2016, pp. 36 ss.

[54] Recomendación de Política General nº 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), adoptada el 8 de diciembre de 2015 (trad. Ministerio de Justicia, Asuntos Exteriores y Cooperación) y Memorándum Explicativo (trad. AIM Asociación de Intérpretes de Madrid), Estrasburgo, 21 de marzo de 2016, p. 17. Disponible en: https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904 (última consulta: 15.07.2020). De igual modo, puede considerarse lo dispuesto en los llamados "Principios de Camden sobre la libertad de expresión y la igualdad", preparados por ARTICLE 19 (Global Campaign for Free Expression) en base a discusiones en las cuales participó un grupo de oficiales de alto nivel de la ONU y de otras organizaciones, así como expertos académicos y de la sociedad civil en derecho internacional de los derechos humanos sobre asuntos de libertad de expresión e igualdad, en

> "el uso de una o más formas de expresión específicas- por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones- basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual".

Siguiendo con la Recomendación de Política General nº 15 (ECRI), cabe resaltar la importancia de lo que se ha denominado *test de severidad,*[55] consistente en la realización de un análisis contextual previo a la consideración de una conducta como constitutiva de discurso del odio.
Finalmente, si bien no contiene una definición expresa en relación con el discurso del odio, resulta pertinente mencionar la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.[56] Esto es así, en tanto que el contenido de la DM sirve de

---

reuniones que se llevaron a cabo en Londres el 11 de diciembre de 2008 y el 23 al 24 de febrero de 2009. En su Principio 12, basado en el art. 20 (2) del PIDCP recoge que "Todos los Estados deberán aprobar legislación que prohíba cualquier promoción del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (expresiones de odio)". Disponible en: https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/los-principios-de-camden-sobre-la-libertad-de-expresion-y-la-igualdad.pdf (última consulta: 15.07.2020).

[55] Denominación utilizada por LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 71. También por GÓMEZ MARTÍN, «Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre Ciberterrorismo y Ciberodio», *RDPC*, 3ª época, (20), 2018, p. 445. Este *test de severidad* contenido en la Recomendación de Política General nº 15 (ECRI), p. 19, parte de lo dispuesto por el "Plan de Acción de Rabat", sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, agrupa las conclusiones y recomendaciones de varios talleres de expertos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, adoptado el 5 de octubre de 2012. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_draft_outcome.pdf (última consulta: 15.07.2020). Como acertadamente apunta GÓMEZ MARTÍN, *RDPC*, 2018, p. 446, cit. 96, los parámetros del Plan de Rabat, a su vez trasladados a la Recomendación de Política General nº 15 (ECRI), tiene como antecedente histórico claro el conocido como "Clear and Present Danger Test". Esta doctrina es concebida por el juez Oliver Wendell Homes en el caso Schenk v. United States, 249 U.S. 47, 52. Para el supuesto de una persona acusada de insubordinación por el reparto de panfletos que contenían mensajes contrarios al alistamiento obligatorio, la aplicación del "Clear and Present Danger Test", supone reconocer que la limitación a la libre expresión de ideas debe realizarse a partir de un análisis contextual de las expresiones, de forma que pueda valorarse si existe un peligro claro y cierto de que se produzcan los daños. La doctrina del "Clear and Present Danger Test" es desarrollada en el celebre caso Brandenburg v. Ohio, 395 U.S 444 (1969), motivo por el que también recibe la denominación de "Test de Brandenburg". Sobre la doctrina del "Clear and Present Danger", véase, por todos, ARIAS CASTAÑO, *Clear and Present Danger Test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, 2018; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Desconciertos de Brandemburgo», *Juezas y Jueces para la Democracia. Boletín Libertad de Expresión*, 2018, pp. 15-17; TERUEL LOZANO, *REDC,* 2018, p. 35 (cit. 61); RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, pp. 159 ss.

[56]Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al33178 (última consulta: 15.07.2020). Para un análisis del contenido de la DM, véase por todos, RODRÍGUEZ YAGÜE, «La política criminal europea contra la discriminación racial: ¿Es la Decisión Marco 2008/913/JAI un verdadero avance?», en NIETO MARTÍN (dir.) *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010;

referencia para la reforma de los artículos 510 CP y 607.2 CP practicada por el legislador penal en 2015.[57]

Si bien las definiciones y parámetros establecidos por los estándares internacionales citados sirven como esbozo de una delimitación conceptual del discurso del odio, lo cierto es que su eminente carácter casuístico lleva a una continua discusión sobre sus límites. En este sentido, siguiendo en el ámbito internacional, se ofrecerá en el apartado siguiente una referencia al desarrollo jurisprudencial de su tratamiento en el *case law* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sobre esta cuestión, puede avanzarse la tensión existente entre la valoración del denominado *hate speech* dentro de los parámetros propios del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[58] (en adelante, CEDH), relativo a la libertad de expresión, y la aplicación de la cláusula de abuso de derecho del art. 17 CEDH, la cual supone considerar que el discurso del odio, por su propio contenido aflictivo, no puede ser estudiado a partir del prisma de la libertad de expresión, por no considerarse ejercicio de ésta.

3.2. Referencia al *case law* del TEDH sobre el *hate speech*: entre el modelo de *intolerancia* de la cláusula de abuso de derecho del art. 17 CEDH y el juicio de proporcionalidad del art. 10 CEDH

El estudio del significado de la expresión discurso del odio es desarrollada por el TEDH en el marco de la consideración del convenio como un *instrumento vivo* ("living instrument"),[59] en la medida en que permite un estudio de la aplicación de sus preceptos de acuerdo con las condiciones político-sociales contemporáneas al momento del análisis de la cuestión ("present-day conditions").[60] En este sentido, resulta pertinente resaltar de qué manera, en la práctica interpretativa llevada a cabo por el *case law* del TEDH, la mencionada adaptación de las disposiciones del CEDH en el marco de su papel como *instrumento vivo* ha supuesto la creación de los denominados conceptos autónomos. Lo que permite esta técnica exegética es, además de afianzar la doctrina del "living instrument", elaborar un marco metodológico en el que pueda

---

SANTANA VEGA, «Protección penal de la discriminación y la libertad de expresión: la difícil convergencia europea», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, 2012, pp. 126-137.

[57] Cuestión apuntada en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE nº 77, 31.03.2015) de reforma del Código penal, y por la FGE en la Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP (p. 2).

[58]Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (última consulta: 21.07.20209.

[59] Doctrina desarrollada en la STEDH *Tyrer c. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978, para. 31. Posteriormente, por todos: STEDH *Selmouni c. Francia*, de 28 de julio de 1999, para. 101, respecto de la vulneración del art. 3 CEDH, relativo a la prohibición de torturas; STEDH *Christine Goodwin c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, para. 85, relativo a la vulneración del art. 8 CEDH, sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Sobre la doctrina del *instrumento vivo* como criterio hermenéutico a seguir por el Tribunal de Estrasburgo, véase, entre otros, JACOBS/WHITE/OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 2014, p. 65; ASHWORTH/EMMERSON, *Human Rights and Criminal Justice*, 2012, p. 88; HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2009, pp. 5-6.

[60] STEDH *Tyrer c. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978, para. 31.

paliarse la falta de concreción por parte de los ordenamientos jurídicos estatales respecto de distintas nociones que deben ser estudiadas por el Tribunal de Estrasburgo.[61]

Así las cosas, este es el marco de referencia donde el TEDH desarrolla el significado del discurso del odio ("hate speech"). Sobre esta cuestión, puede avanzarse cómo el *case law* de Estrasburgo muestra la existencia de un doble juego entre el análisis del *hate speech* partiendo de los criterios interpretativos elaborados para delimitar el alcance de la libertad de expresión reconocida en el art. 10.1 CEDH[62] y la doctrina del abuso de derecho recogida en el art. 17 CEDH,[63] la cual descarta la consideración del discurso del odio como ejercicio de la libertad de expresión. Esta segunda posibilidad muestra la configuración del Convenio como un modelo de *democracia militante*, pues se concibe el art. 17 como un instrumento para evitar que los derechos recogidos en las disposiciones del CEDH puedan ser utilizados para destruir el propio sistema democrático, en este caso supranacional, en el cual se insertan.[64]

a. El análisis de la incitación al odio a partir del art. 10 CEDH: el test de Estrasburgo

Por lo que respecta a la delimitación del discurso del odio en relación con el art. 10.1 CEDH debe partirse de la importancia conferida a la libertad de expresión como uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso.[65] A partir del reconocimiento de un marco compartido de pluralismo político, los *leading cases* del TEDH en materia de libertad de expresión consideran la necesidad, en relación

---

[61] Sobre la doctrina de los conceptos autónomos, véase, CORRECHER MIRA, *Principio de legalidad penal*: *ley formal vs. law in action*, 2018, pp. 556-557; BURGORGUE-LARSEN, «La Corte Europea de los Derechos Humanos y el Derecho penal», *Anuario español de Derecho Internacional*, 2005, pp. 322-323.

[62] Art. 10.1 CEDH: "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa".

[63] Art. 17 CEDH: "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo".

[64] Véase, ALCÁCER GUIRAO, *RECPC*, 2012, p. 8; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y* delito, pp. 237-238. Ampliamente, sobre el art. 17 CEDH, véase por todos, LAZKANO BROTÓNS, «Prohibición del abuso de derecho», en LASAGABASTER HERRARTE, (dir.) *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 2015, pp. 825-842; GARCÍA ROCA, «Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia», en EL MISMO/SANTOLAYA, (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., 2009, pp. 797-829.

[65] Véase, por todas, STEDH *Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, para. 49. De forma amplia, el art. 10.1 CEDH reconoce un amplio abanico de posibilidades para el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, cuestión que ha llevado a BUSTOS GISBERT a utilizar la denominación "libertad en la comunicación pública", término que no sólo incluiría dentro de la libertad de expresión su vertiente más clásica, ligada a la libertad de opinión y la libertad de transmitir o recibir información, sino que también tendría en cuenta la expresión comercial, la libre expresión profesional, la libre creación de medios de comunicación, la libre expresión artística o el secreto profesional de los periodistas. Cfr. BUSTOS GISBERT, «Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática», en GARCÍA ROCA/SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., 2009, p. 595

con su posición fundamental en un Estado democrático, de proteger la libertad de expresión, no sólo en el ámbito de las informaciones o expresiones acogidas de forma favorable, sino también en relación con las que puedan inquietar u ofender al Estado o a un sector importante de la población,[66] sea por su propio contenido, o por el recurso a cierto carácter provocador en la forma de transmitir las opiniones.[67] Así, se parte de un modelo de tolerancia que pretende potenciar el pluralismo mencionado, así como el espíritu de apertura propio de una sociedad democrática.[68]

Lo expuesto no significa que la libertad de expresión no esté sujeta a limitaciones en el marco del sistema de protección de derechos fundamentales propio del Convenio Europeo. En este sentido, lo dispuesto por el art. 10.2 CEDH[69] supone el establecimiento de una serie de directrices a partir de las cuales se realiza la *ponderación* entre el derecho a la libre expresión de ideas y los efectos nocivos que puedan derivarse de una manifestación de opiniones encuadrada en el llamado *hate speech*. Así, los criterios del art. 10.2 CEDH justifican, atendiendo a un juicio previo de proporcionalidad, las posibles limitaciones a la libertad de expresión, partiendo en todo caso de la consideración de estas medidas como "necesarias en una sociedad democrática", como parámetro último que legitime la restricción de la libertad de expresión.[70]

> No obstante, cabe remarcar que lo dispuesto por el art. 10 CEDH implica, sobre todo, obligaciones negativas para los Estados y no, a priori, deberes positivos de defensa de la libertad de expresión. Sobre este particular, señala BUSTOS GISBERT cómo esta posibilidad supondría una carga desproporcionada o imposible para las autoridades nacionales, limitando este carácter positivo a supuestos donde se impide totalmente la libertad de expresión, o en los que se lesiona lo esencial del propio derecho, o cuando la gravedad del ataque sea de tanta entidad que requiera una efectiva protección por parte de las autoridades nacionales.[71] En relación con el desarrollo de la doctrina de

[66] Véase, LAZKANO BROTÓNS, «Libertad de expresión», en LASAGABASTER HERRARTE, (dir.) *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3ª ed., 2015, p. 513.

[67] Véase, STEDH *Alcalde de Seclin c. Francia*, 16 de julio de 2009, para. 33.

[68] Véase, entre otras resoluciones, STEDH *Fuentes Bobo c. España,* 29 de febrero de 2000, para. 43; STEDH *De Haes y Gijsels c. Bélgica*, 24 de febrero de 1997, para. 49; STEDH *Lehideux e Isorni c. Francia*, 23 de septiembre de 1998, para. 55; STEDH *Jersild c. Dinamarca*, 23 de septiembre de 1994, para. 31; STEDH *Castells c. España*, 23 de abril de 1992, para. 42; STEDH *Sunday Times c. Reino Unido*, 26 de abril de 1979, para. 65; STEDH *Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, para. 49.

[69] Art. 10.2 CEDH: "El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

[70] Sobre esta cuestión, véase, ALCÁCER GUIRAO, «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *REDC*, (97), 2013, p. 316, con referencias al acervo jurisprudencial del TEDH, donde se identifica este criterio específico de la necesidad como una "necesidad social imperiosa" para restringir el derecho a la libre expresión (STEDH *Soulas y otros c. Francia*, 10 de julio de 2008, para. 32; STEDH *Sürek c Turquía*, 8 de julio de 1999, para. 58).

[71] Véase, BUSTOS GISBERT, en GARCÍA ROCA/SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos*, 2009, pp. 595-596. En este sentido, cita las SSTEDH *Appleby c. Reino Unido,* 6 de mayo de 2003 y *Ozgur Gundem c. Turquía,* 16 de marzo de 2003. En relación con el desarrollo de los deberes positivos del Estado en el *case law* del TEDH, véase el exhaustivo trabajo de TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Deberes positivos del Estado y

> las obligaciones positivas por parte del TEDH, puede hacerse referencia a la reciente STEDH *Beizaras & Levickas c. Lituania*, 14 de enero de 2020, donde los demandantes, víctimas de un linchamiento homófobo en redes sociales después de publicar una fotografía besándose, consideran que la ausencia de una investigación por parte de las autoridades públicas en relación con estas conductas supone una vulneración de los artículos 8 y 14 del CEDH, relativos al respeto a la vida privada y la prohibición de discriminación, respectivamente. Sobre esta cuestión, la STEDH *Beizaras & Levickas c. Lituania* estima que, efectivamente, la renuncia por parte de los poderes públicos a investigar de forma efectiva lo sucedido supone un abandono de sus deberes positivos como Estado, la cual ha supuesto, además de la mencionada violación del art. 8 CEDH, una diferencia de trato discriminatoria por razón de la orientación sexual de los demandantes.[72]

Para articular este proceso de *ponderación*, el *case law* del TEDH ha desarrollado el llamado *test de Estrasburgo*, esto es, un método de interpretación basado en tres criterios que, previamente verificados, permiten la injerencia en la libertad de expresión que supone su limitación en los supuestos de discursos del odio. Estas exigencias contenidas en el *test*, derivadas del art. 10.2 CEDH, son: a) la previsión legal de la medida limitadora; b) los fines legítimos de la injerencia; c) la medida restrictiva del derecho a la libre expresión debe ser necesaria para una sociedad democrática, siendo este el criterio donde se integraría de forma estricta el juicio de proporcionalidad.[73]

Entrando en el análisis de los dos primeros parámetros del *test* de Estrasburgo, puede realizarse una precisión respecto del primer criterio, relativo a la necesaria previsión legal de la limitación al derecho a la libre expresión de ideas. En este punto, debe partirse de la concepción material o sustantiva sostenida por el TEDH, en relación con el concepto "ley". La interpretación desarrollada respecto de los términos "law" y "droit" utilizados en la versión original inglesa y francesa del Convenio siguen una postura sustancial del concepto de ley, entendiendo ésta no únicamente como enunciado normativo formalmente reconocido por un texto legal de los Estados parte, sino también desde una concepción material que asume como ley el resultado de la interpretación jurisprudencial.[74] Así las cosas, esta interpretación del concepto "ley", coherente con la doctrina de los conceptos autónomos mencionada, permite englobar dentro de las disposiciones del Convenio, incluyendo aquí lo dispuesto por el art. 10.2 CEDH, a los Estados pertenecientes al ámbito jurídico del *common law*.[75] Asimismo, la previsión legal que

---

Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDre*t, (3), 2016. En relación con la doctrina de la "acción positiva" en la jurisprudencia constitucional, concretamente, en la STC 59/2008, de 14 de mayo, (MP: Pascual Sala Sánchez) véase CANCIO MELIA/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?*, 2019, pp. 48-50.

[72] STEDH *Beizaras & Levickas c. Lituania*, 14 de enero de 2020, para. 129.

[73] Lo que TERUEL LOZANO denomina "núcleo gordiano del enjuiciamiento", poniendo así de manifiesto la preeminencia de este primer criterio. Cfr. TERUEL LOZANO, «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo», *ReDCE*, (27), 2017, p. 12.

[74] Sobre esta cuestión, véase, CORRECHER MIRA, *Principio de legalidad penal*, 2018, pp. 557-562. Como *leading cases* en relación con esta concepción, véase, entre otras, STEDH *Sunday Times c. Reino Unido*, 26 de abril de 1979, para. 47; STEDH *Kafkaris c. Chipre*, 12 de febrero de 2009, para. 139.

[75] Véase, CORRECHER MIRA, *Principio de legalidad penal*, 2018, p. 558; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», en EL MISMO/PÉREZ MANZANO, (dir.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, 2016, p. 141; LAZKANO BROTÓNS, en LASAGABASTER HERRARTE, (dir.) *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2015, p. 576; MANES, «Art. 7», en EL MISMO/ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamente penale italiano*, 2011, p. 274.

habilita para justificar la limitación a la libre expresión debe encontrarse formulada en términos accesibles y previsibles para la ciudadanía. Sobre estos criterios, el TEDH los considera como requisitos cualitativos, que deben poder apreciarse para garantizar que el concepto material de ley no suponga una vulneración de lo dispuesto en el art. 7 CEDH, relativo al principio de legalidad penal.[76] Por lo que respecta al segundo parámetro, los fines legítimos de la inferencia vienen recogidos taxativamente en el amplio catálogo del art. 10.2 CEDH, siendo éstas las únicas razones que permitirían una restricción del derecho a la libre expresión de ideas, cuestión que implica la imposibilidad de realizar una interpretación extensiva de su clausulado.[77]

Pasando al estudio de la proporcionalidad de la medida en relación con su necesidad para una sociedad democrática, no puede afirmarse la existencia de un criterio uniforme por parte del Tribunal de Estrasburgo. Esta situación responde a la propia naturaleza del Convenio como "instrumento vivo", razón que impone la necesidad de desarrollar una lógica casuística que responda a las distintas constelaciones de supuestos existentes, en lugar de desarrollar un parámetro generalizador, motivo por el que no puede identificarse una definición concreta de discurso del odio elaborada por el TEDH.[78] En este sentido, resulta de especial importancia analizar la expresión de opiniones en relación con el contexto en que éstas son comunicadas, así como el efecto dañino que puedan desplegar respecto de los bienes jurídicos protegidos. A partir de esta interpretación, si se considera que las expresiones son susceptibles de incitar al odio, violencia o discriminación respecto del colectivo al que se dirige dicho discurso, la intervención penal restrictiva de la libre expresión de ideas estaría legitimada.[79]

El enfoque casuístico al que se ha hecho referencia permite identificar distintos grupos de casos donde puede apreciarse discurso de odio. Así, pueden mencionarse asuntos relacionados con la incitación al odio racial, al odio étnico y al odio nacional o con la difusión de mensajes homófobos, enjuiciados por el Tribunal a partir de un análisis de su *ponderación* en relación con

---

[76] En relación con el estudio de estos requisitos, véase, entre otras resoluciones, STEDH *Camilleri c. Malta*, 22 de enero de 2013, para. 38; STEDH *Kafkaris c. Chipre*, 12 de febrero de 2009, para. 141; STEDH *Pessino c. Francia*, 10 de octubre de 2006, para. 35; STEDH *Cantoni c. Francia*, 11 de noviembre de 2006, para. 31-32; STEDH *Sunday Times c. Reino Unido*, 22 de noviembre de 1995, para. 36. Por lo que respecta a su análisis, véase, CORRECHER MIRA, *Principio de legalidad penal*, 2018, pp. 563-574; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en EL MISMO/PÉREZ MANZANO, (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, 2016, p. 144; HUERTA TOCILDO, «El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal», en GARCÍA ROCA, /SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los* Derechos, Madrid, 2009, p. 405; LANDA GOROSTIZA/GARRO CARRERA, «No hay pena sin ley», en LASAGABASTER HERRARTE, (dir.) *Convenio Europeo de Derechos* Humanos, 2015, p. 275.

[77] Véase, LAZKANO BROTÓNS, en LASAGABASTER HERRARTE, (dir.) *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2015, p. 577.

[78] Véase, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, pp. 32-33.

[79] Véase, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 32. Este análisis contextual es puesto de manifiesto en la notoria STEDH Féret c. Bélgica, 16 de julio de 2009 (para. 75 ss.). En este caso, el Tribunal de Estrasburgo considera que, pese la posición de preeminencia otorgada a la libertad de expresión en una sociedad democrática, esta no tiene un carácter absoluto, debiendo estar sometida a ciertas cautelas, especialmente sensibles en el contexto electoral, sin que la posición de parlamentario ocupada por Féret pudiera servir para eximir su comportamiento. En este sentido, considera que la representación política requiere de un mayor ejercicio de responsabilidad en relación con la protección del propio sistema democrático.

el art. 10 CEDH.[80] No obstante, como se verá en el siguiente apartado, no todos los supuestos siguen esta vía de enjuiciamiento, sino que, en determinados casos, especialmente relacionados con el negacionismo y el revisionismo histórico, se opta por aplicar la doctrina del abuso de derecho del art. 17 CEDH, lo que se ha denominado como *efecto guillotina*.

b. El efecto guillotina del art. 17 CEDH: su aplicación en casos de negacionismo y revisionismo histórico

Como se ha expuesto, la doctrina del abuso de derecho recogida en el art. 17 CEDH muestra de qué manera el sistema de protección de derechos emanado del Convenio Europeo se configura como un marco de *democracia militante*. En este sentido, la aplicación de esta clausula permite al TEDH excluir determinados discursos de la *ponderación* realizada en base al art. 10 CEDH, pues permite afirmar que una expresión de opiniones que incite a la violencia o al odio puede ser excluida de la protección del Convenio,[81] de forma que se realiza una *delimitación negativa* del derecho a la libre expresión de ideas.[82]

De acuerdo con García Roca, la plasmación de la doctrina del abuso de derecho en el art. 17 CEDH supone la confluencia de la "tradición *iusprivatista* propia del S. XIX, ligada a la corrección de los excesos en el ejercicio de un derecho de propiedad que no tenía entonces función social ni apenas limitaciones; y, de otro, la defensa de la democracia (*wehrhafte Demokratie*) frente a los totalitarismos, huyendo de las traumáticas experiencias anteriores a la Segunda Guerra Mundial".[83] Parece ser esta vertiente ligada a la protección activa del orden constitucional frente a los totalitarismos la que inspira este precepto del CEDH, del mismo modo que, paralelamente, han sido incorporadas cláusulas de naturaleza similar en normas internacionales y constitucionales. Así, el art. 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948,[84] el art. 18 de la Ley

[80] Véase, Teruel Lozano, *ReDCE*, 2017, pp. 11-12. Respecto de las categorías de odio mencionadas, destacan los casos siguientes: en relación con odio racial, la mencionada STEDH *Féret c. Bélgica*, 16 de julio de 2009; STEDH *Jersild c. Dinamarca*, 23 de septiembre de 1994; respecto del odio étnico, STEDH *Balsytè-Lideikienè c. Lituania*, 4 de noviembre de 2008; como odio nacional, si así puede entenderse el mensaje que incita a la destrucción del imperialismo norteamericano, STEDH *Leroy c. Francia*, 2 de octubre de 2008; relativa al odio homofóbico, STEDH *Vejdeland* c. Suecia, 9 de febrero de 2012.

[81] Véase, Rodríguez Montañés, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, 2012, p. 239.

[82] Véase, Alcácer Guirao, *REDC*, 2013, p. 315.

[83] Véase, García Roca, en el mismo/Santolaya, (coords.), *La Europa de los Derechos*, 2009, pp. 798-799.

[84] "Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración". Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf (última consulta: 20.07.2020).

Fundamental de Bonn de 1949[85] o el art. 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.[86]

Esta *delimitación negativa* es la que lleva a considerar el denominado *efecto guillotina*[87] derivado de la aplicación del art. 17 CEDH. Como se ha visto en el apartado precedente, mientras que determinados discursos apologéticos del odio, la violencia o la discriminación pueden ser ponderados de acuerdo con el juicio de proporcionalidad relativo al art. 10 CEDH, el Tribunal de Estrasburgo se ha decantado por la aplicación de la doctrina del abuso de derecho en determinados supuestos de *hate speech*, especialmente en lo relativo a los discursos negacionistas o próximos al revisionismo histórico del Holocausto. Lo que parece indicar esta opción es la propia realidad político-cultural en que se aprueba el CEDH. Efectivamente, el hecho de ser un texto aprobado pocos años después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial permite entender la aplicación de cierto modelo de *intolerancia* respecto del ensalzamiento de los actos genocidas cometidos durante el Holocausto, del mismo modo que se pretende abortar cualquier rebrote ideológico vinculado o inspirado por el nazismo.

Así las cosas, en relación con la aplicación de la doctrina del abuso de derecho en los supuestos de negacionismo y revisionismo histórico, puede considerarse lo dispuesto por la STEDH *Lehideux e Isorni c. Francia*, 23 de septiembre de 1998. En este supuesto, los demandantes fueron condenados por apología de crímenes de guerra por su ensalzamiento público en el diario *Le Monde* del mariscal Pétain, a quien calificaron como "extremadamente hábil" en un anuncio publicitario, a la par que valoraban positivamente el régimen colaboracionista de Vichy. En este caso, el TEDH no considera aplicable el art. 17, pues no se hace referencia directa a un revisionismo propio del régimen nazi, sino de la contribución prestada a éste por el mandatario colaboracionista francés.[88] Ahora bien, lo que resulta interesante de esta resolución es la referencia expresa a la exclusión del negacionismo o el revisionismo histórico del marco de protección del art. 10 CEDH, haciendo mención expresa a la posible aplicación del art. 17 CEDH en este abanico de supuestos.[89] Esta postura es confirmada por la STEDH *Garaudy c. Francia*, 24 de junio de 2003, concerniente a las manifestaciones negacionistas del Holocausto y el genocidio judío por parte de un filósofo islamista. En este caso, el Tribunal de Estrasburgo inadmite la demanda, haciendo suyos los argumentos esgrimidos en *Lehideux e Isorni c. Francia*

---

[85] "Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5, apartado 1), de la libertad de enseñanza (artículo 5, apartado 3), de reunión (artículo 8), de asociación (artículo 9), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10), así como del derecho de propiedad (artículo 14) y del de asilo (artículo 16a) pierde estos derechos fundamentales. La privación y su alcance serán declarados por la Corte Constitucional Federal". Disponible en: https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf (última consulta: 20.07.2020).

[86] "Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él". Disponible en: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx (última consulta: 20.07.2020).

[87] Véase, entre otros que utilizan este término, ALCÁCER GUIRAO, *REDC,* 2013, p. 321; TERUEL LOZANO, *ReDCE*, 2017, p. 9; EL MISMO, *InDret*, 2015, p. 13.

[88] Véase, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 29.

[89] STEDH *Lehideux e Isorni c. Francia*, 23 de septiembre de 1998, para. 47, 53.

en relación con la negación de hechos establecidos. Así, considera que el negacionismo del Holocausto debe ser removido de la protección del art. 10 por el art. 17. Idéntica adopción del art. 17 se produce en la STEDH *Witzsch c. Alemania*, 13 de diciembre de 2005, si bien en este caso no se produce de forma efectiva una negación del Holocausto, sino que lo que niega el demandante es la responsabilidad de Hitler y el Partido Nacional Socialista de los Trabajadores Alemanes en estos hechos.

Las resoluciones citadas muestran cómo el modelo seguido por el TEDH entiende que allí donde se emite un mensaje negacionista no hay tutela de la libertad de expresión, pues lo que puede apreciarse es un abuso de los derechos para acabar con el sistema democrático, de modo que no cabe test de proporcionalidad alguno.[90] En estos supuestos, los criterios seguidos por el Tribunal de Estrasburgo parecen llevar a una aplicación directa del llamado *efecto guillotina* del art. 17 CEDH en los supuestos de manifestaciones de tipo negacionista o revisionista del Holocausto, desatendiendo cualquier análisis contextual en relación con estas expresiones.[91] Esta posición viene determinada por la asunción de una postura proteccionista respecto de los derechos y libertades contenidos en el Convenio, la cual lleva al art. 17 a erigirse en una suerte de dique de contención contra actos *liberticidas,*[92] opción que desoye cualquier referencia al juicio de proporcionalidad, como sí ocurría con el *test de Estrasburgo* en relación con el art. 10.1 CEDH. En este sentido, puede apreciarse una posición de privilegio en relación con la protección contra el discurso negacionista o el revisionismo histórico relativos al Holocausto[93], en tanto que no se ofrece el mismo régimen a supuestos de revisionismo histórico referido a hechos de la Segunda Guerra Mundial distintos del Holocausto, como se ha visto en *Lehideux e Isorni c. Francia*, o en discursos negacionistas relativos a otros genocidios o crímenes de guerra.[94]

Sobre esta cuestión, puede resultar criticable la concepción extensiva del art. 17 CEDH, pudiendo ser más acorde con el carácter de *ultima ratio*[95] de éste la aplicación, en todo caso, del juicio de proporcionalidad propio del *test de Estrasburgo.*[96] Si bien se ha hecho referencia al contexto de *democracia militante* que motiva la inclusión del art. 17, resultando coherente con

---

[90] Véase, BUSTOS GISBERT, «Libertad de expresión y discurso negacionista», en REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, 2015, p. 143.

[91] Véase, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 30.

[92] Véase, LAZKANO BROTÓNS, en LASAGABASTER HERRARTE, (dir.) *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2015, p. 828.

[93] Cabe, no obstante, hacer referencia a supuestos desvinculados del Holocausto donde el Tribunal de Estrasburgo ha aplicado la cláusula del art. 17 CEDH. Véase, DTEDH *Ivanov c. Rusia*, 20 de febrero de 2007, en relación con el discurso antisemita, y DTEDH *Norwood c. Reino Unido*, 16 de noviembre de 2004, caso donde el demandante difundió un cartel con una fotografía de las torres gemelas en llamas, junto con un rótulo que promovía la Islamofobia.

[94] Como ocurre en la STEDH *Perinçek c. Suiza*, 17 de diciembre de 2013, respecto del genocidio armenio, o la STEDH *Orban y otros c. Francia*, 15 de enero de 2009, relativa al relato en primera persona de las actividades de los servicios secretos franceses en Argelia durante el período 1955-1957, donde se califica de legítima e inevitable la práctica de la tortura, En los dos casos citados, no sólo no se aplico el art. 17 CEDH, sino que en ambos casos se consideró vulnerado el art. 10 CEDH.

[95] Véase, ALCÁCER GUIRAO, *REDC*, 2013, p. 327.

[96] Véase, TERUEL LOZANO, *ReDCE*, 2017, p. 18.

el momento histórico en que el Convenio fue aprobado, no es menos cierto que la falta de unos criterios claros para asumir qué discursos quedan enmarcados en la doctrina del abuso de derecho, más allá de su vinculación al negacionismo y/o revisionismo histórico, y cuáles entran dentro del *test* propio del art. 10 CEDH, pueda terminar redundando en un sistema de responsabilidad estricta por el contenido comunicativo del mensaje, sin referencia alguna al contexto en que éste es realizado.

3.3. El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: el delito de incitación pública al odio, hostilidad, discriminación o violencia del art. 510 CP

a. Cuestiones preliminares: la aprobación por la LO 10/1995 y la reforma motivada por la STC 235/2007 y la Decisión Marco 2008/913/JAI

El discurso del odio se incorpora por primera vez al ordenamiento jurídico español en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (BOE nº281, 24.11.1995), concretamente en el art. 510 CP, ubicado dentro del Título XXI "Delitos contra la Constitución", Capítulo IV, Sección 1ª "De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución". En este sentido, su inclusión en el CP refleja la voluntad del legislador por desarrollar dentro del Código un cuerpo normativo antidiscriminatorio, siguiendo así los estándares internacionales relativos al *hate speech* mencionados previamente. Asimismo, cabe considerar que la regulación del discurso del odio no supone la única referencia a la normativa antidiscriminatoria desarrollada por la LO 10/1995.[97] Así, puede hacerse referencia a la tipificación en el art. 22.4 CP de la circunstancia agravante por motivos discriminatorios,[98] o la incriminación de conductas de denegación discriminatoria de prestaciones en el servicio público o en el ejercicio de actividades profesionales (art. 511 y 512 CP),[99] además de otras figuras penales.[100]

Lo dispuesto por el art. 510.1 CP, en su redacción de la LO 10/1995,[101] viene determinado por la obligación positiva recogida en el art. 4 CEDR, destinada a imponer la tipificación penal de

---

[97] En relación con el análisis y valoración de la normativa antidiscriminatoria introducida por el legislador penal de 1995, véase, por todos, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación en el derecho penal*, 1998; BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, 1999; LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código penal*, 1999; EL MISMO, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal* (A la vez una propuesta interpretativa de la normativa antidiscriminatoria del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente Jurisprudencia), 2001; LAURENZO COPELLO, «La discriminación en el Código penal de 1995», *EPC,* (19), 1996.

[98] Sobre esta cuestión, véase por todos, DÍAZ LÓPEZ, *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22. 4ª CP*, 2013.

[99] Para un análisis de estos preceptos, por todos, RODRÍGUEZ YAGÜE, *La tutela penal del derecho a no ser discriminado: (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código penal)*, 2007.

[100] Véase, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 22.

[101] Art. 510.1 CP: "Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses".

aquellas conductas susceptibles de promover el odio o la discriminación racial.[102] Sin entrar aquí en un análisis del modificado art. 510,[103] puede simplemente ponerse de manifiesto la existencia de una serie de debates alrededor del tratamiento penal dado por este precepto al discurso del odio. En este sentido, cabe hacer referencia a la problemática que representaba su análisis típico, considerando aquí distintas cuestiones asociadas a las dudas que planteaban aspectos relativos a la interpretación del precepto, a saber: la ausencia expresa de una referencia al carácter público de la provocación recogida en el art. 510 CP, la cual fue inferida, *mutatis mutandi*, de los propios requisitos típicos de la provocación del art. 18.1 CP;[104] el uso de términos valorativos con un marcado carácter vago, como por ejemplo la referencia al odio, dada la dificultad de concretar de forma cierta su significado, con la consecuente falta de taxatividad que ello representa;[105] o las dudas surgidas respecto del uso del término "provocación" como verbo típico, atendiendo a los problemas que su delimitación plantea en relación con el acto preparatorio punible previsto en el art. 18.1 CP.[106]

Estas críticas son recogidas por el Grupo de Estudios de Política Criminal,[107] considerando, por un lado, la falta de seguridad jurídica que implica la configuración de las figuras de provocación al odio y a la discriminación, atendiendo al carácter difuso que se deriva de estas expresiones. Por otro, en lo relativo a la interpretación de la "provocación" del art. 510 CP, y su posible

---

Art. 510.2 CP: "Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía".

[102] Véase, *supra* 3.1.

[103] Sobre esta cuestión, resulta fundamental la obra de LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, 1999, pp. 215 ss.; EL MISMO, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, 2001, pp. 117 ss. Para un análisis del art. 510 CP en la redacción dada por la LO 10/1995, puede considerarse, entre otros: BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental*, 1999; CANCIO MELIÁ, «Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución», Comentarios al Código penal, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), 1997; CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, «Artículo 510», en EL MISMO (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, 1996; GÓMEZ MARTÍN, «Discurso del odio y principio del hecho», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, 2012; EL MISMO, «¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y la discriminación en el Código penal español», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Constitución y sistema penal*, 2012; LAURENZO COPELLO, EPC, 1996, pp. 249-265; TAMARIT SUMALLA, «Artículo 510», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 1996.

[104] Véase, TERUEL LOZANO, *InDret*, 2015, p. 25.

[105] En relación con la utilización de cláusulas generales, así como la discusión que supone en la práctica legislativa, véase, CORRECHER MIRA, *Principio de legalidad* penal, 2018, p. 477. Sobre el concepto de «cláusula general», véase por todos, NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1973.

[106] Véase, LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, 1999, pp. 223 ss.

[107] GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación*, p. 34. Disponible en: http://www.politicacriminal.es/images/pdf/Alternativas%20al%20tratamiento%20jur%C3%ADdico%20de%20la%20discriminaci%C3%B3n%20y%20de%20la%20extranjer%C3%ADa.pdf (última consulta: 22.07.2020).

concordancia con el art. 18.1 CP, se planteaba la posible vulneración del principio de proporcionalidad, que supondría aplicar la pena del art. 510 CP cuando lo dispuesto para los actos preparatorios punibles es la reducción de la pena en uno o dos grados, de modo que podría ser más alta la pena imponible por la realización del art. 510 CP, delito de peligro abstracto,[108] que, por la provocación para la comisión de un delito de resultado, por ejemplo, el delito de lesiones del art. 147.1 CP.[109]

La LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal, realiza una modificación estructural respecto de la regulación del discurso de odio contenida en el art. 510 CP.[110] Sobre la necesidad de esta reforma, el preámbulo de la LO 1/2015 aduce una doble razón,[111] amparándose, en primer lugar, en la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007,[112] (MP: Eugeni

[108] Véase, entre otros, GASCÓN CUENCA, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español*, 2016, p. 111; LANDA GOROSTIZA, «Racismo, xenofobia y Estado democrático», *Eguzkilore,* (18), 2004, p. 70; LAURENZO COPELLO, *EPC*, 1996, p. 250. En esa orientación, STS n.º 72/2018, de 9 de febrero (MP: Andrés Martínez Arrieta) (FJ único), así como la Circular 7/2019, p. 20.

[109] GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación*, p. 34. En relación con este debate, si bien se trata de una cuestión propia del análisis típico del art. 510 CP, puede avanzarse la pertinencia de la opción presentada por GÓMEZ MARTÍN, al considerar el delito de provocación a la discriminación como *delictum sui generis*, dotado de un contenido de injusto propio, afirmando así su sustantividad. Cfr. Véase, GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Protección penal de la libertad de expresión e* información, 2012, pp. 115 ss., donde, además, el mencionado autor considera la adecuación de sustituir el verbo típico "provocar" por "incitar".

[110] Para un análisis de las conductas castigadas en el art. 510 CP en la redacción dada por la LO 1/2015, véase: ALASTUEY DOBÓN, «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015», *RECPC*, (18-14), 2016; CUERDA ARNAU, «Delitos contra la Constitución», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019; GÓMEZ MARTÍN, *Delitos de discriminación y discurso de odio punible: nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Juruá, Porto, 2019, EL MISMO, «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017; LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018; LAURENZO COPELLO, en PORTILLA CONTRERAS/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Un juez para la democracia* 2019; PORTILLA CONTRERAS, «El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017; EL MISMO, «La represión penal del discurso del odio», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal. Parte Especial. Delitos contra la Constitución*, Tomo IV, 2016, pp. 379-412; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, «Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017; EL MISMO, «El ámbito de aplicación del actual art. 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015», *RDPC*, (12), 2014; ROIG TORRES, «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal del Código penal de 2015*, 2015; TAMARIT SUMALLA, «Artículo 510», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal Español*, 2016; TERUEL LOZANO, *InDret*, (4), 2015; VALLS PRIETO, «Delitos contra la Constitución», en MORILLAS CUEVAS (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2016.

[111] Apartado XXVI: "Se modifica la regulación de las conductas de incitación al odio y a la violencia por un doble motivo: de una parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías; y de otra, se trata de conductas que deben ser objeto de una nueva regulación ajustada a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico".

[112] Para un análisis doctrinal del contenido de la sentencia, véase, entre otros: CATALA I BAS/PÉREZ I SEGUI, «La negación del Holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007», *REDF*, (10)

Gay Montalvo) relativa a la inconstitucionalidad del derogado art. 607.2 CP,[113] concerniente a la negación del genocidio.

Sobre esta cuestión, asumir el contenido de la STC 235/2007 supone, entre otras cosas, derogar el art. 607.2 CP. En esta resolución, el TC declara la inconstitucionalidad de la negación del genocidio prevista en el art. 607.2 CP, aduciendo que "la mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteorización de un juicio positivo, resulta en principio inane (...) ni tan siquiera tendencialmente puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad (...) la constitucionalidad, *a priori*, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del art. 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado" (FJ 8º).

En segundo lugar, defiende la LO 1/2015 la necesidad de ajustar el contenido del art. 510 CP a lo dispuesto por la Decisión Marco 2008/913/JAI.[114] En este sentido, recuérdese la mención realizada sobre la influencia del art. 1.1 DM en la LO 1/2015,[115] donde se establecen deberes positivos a los Estados firmantes, en relación con la obligación de castigar una serie de conductas.[116] De este modo, la nueva redacción del art. 510 CP ha adoptado una estructura

---

2007; IÑIGO CORROZA, «Caso Librería Europa», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2011; LANDA GOROSTIZA, «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de *lege lata* (A la vez un comentario a la STS 259/2011 -librería Kalki- y a la STC 235/2007», *RDPC*, (7), 2012; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La libertad de expresión tenía un precio (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)», *Rev. Aranzadi doctrin*, (6), 2010; RAMOS VÁZQUEZ, «La declaración de inconstitucionalidad del delito de negacionismo (art. 607.2 del Código penal), *RP*, (23), 2009; ROLLNERT LIERN, «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)», *RDPolítico,* (73), 2008.

[113] Art. 607.2 CP: "La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años".

[114] Véase, RODRÍGUEZ YAGÜE, en NIETO MARTÍN (dir.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010; SANTANA VEGA, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Protección penal de la libertad de expresión e información*, 2012.

[115] Véase, *supra* 3.1.

[116] Art. 1.1 DM: a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico; b) la comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales; c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo; d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación

claramente deudora de lo establecido en el art. 1.1 DM, si bien puede criticarse que la nueva configuración del art. 510 CP va mucho más allá de lo dispuesto por la DM, con la consecuente ampliación del tenor típico del precepto.[117]

> En este sentido, PORTILLA CONTRERAS expone de forma certera la extralimitación del legislador penal en la interpretación de las provisiones contenidas en la DM,[118] cuando, por ejemplo, incluye dentro del tipo penal la *incitación indirecta*, cuestión no mencionada en la normativa comunitaria, expresión que abre la puerta a una aplicación extensiva respecto de supuestos de participación intentada, actos preparatorios de actos preparatorios,[119] etc. Lo mismo podría decirse de la referencia a la creación de un "clima de hostilidad", no exigido por la Decisión Marco, pues sólo recoge la incitación respecto del odio y la violencia.[120] De igual modo, la LO 1/2015 prevé una nueva modalidad de discurso del odio, a la que no se realiza mención alguna en la DM, prevista en el art. 510.2 b), relativo al enaltecimiento o justificación de delitos discriminatorio.

Así las cosas, se pasará en el apartado siguiente a realizar un análisis de la configuración dada por la LO 1/2015 al art. 510 CP,[121] considerando en este punto la disfuncionalidad del precepto en relación con el derecho a la libre expresión de ideas, principal perjudicado de la inconsistente reforma emprendida por el legislador en relación con el discurso del odio. En este sentido, se expondrá en el apartado siguiente lo dispuesto en el art. 510.1 CP, en relación con las tres modalidades en las que puede apreciarse el discurso del odio, considerando asimismo los dos tipos cualificados presentes en los apartados 3 y 4 del art. 510 CP, pues se ha

---

con la raza, el color, la religión la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.

[117] Riesgo avanzado acertadamente por ALASTUEY DOBÓN, «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones y críticas», *Diario La Ley*, (8245), 2014, p. 10. También críticos con los derroteros de una ulterior reforma sobre el art. 510, GARROCHO SALCEDO/PORTILLA CONTRERAS, «Delitos de incitación al odio, hostilidad, la discriminación o la violencia», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal*, 2012. Ya con la reforma realizada, VALLS PRIETO crítica la tendencia a implementar el Derecho europeo en material penal como "un paquete completo que se mete con calzador en el Código penal, cuando realmente, lo que se trata es de un mínimo normativo e interpretativo donde el legislador tiene bastante margen de maniobra". Cfr., en MORILLAS CUEVAS (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado*, 2016, p. 867.

[118] Véase, PORTILLA CONTRERAS, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, *passim*; EL MISMO, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal. Parte Especial*. *Delitos contra la Constitución*, Tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, *passim*. En sentido similar, CUERDA ARNAU, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 753.

[119] En relación con el desborde de tipos penales que constituyen figuras penales de preparación delictiva, con la consecuente incoherencia de la impunidad genérica de los actos preparatorios, véase el exhaustivo trabajo de ALONSO RIMO, «¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación», *InDret*, (4), 2017.

[120] Véase, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, *RDPC*, 2017, p. 156.

[121] Por razones metodológicas, no se realizará en este punto un análisis exegético de todas las conductas castigadas en el nuevo art. 510 CP. Esto no obsta para que se realicen en este punto determinadas consideraciones sobre la redacción típica del art. 510.1 CP, si bien se remite para un estudio pormenorizado a las referencias recogidas en la nota 110, todas ellas relativas a la nueva regulación del art. 510 CP con posterioridad a la reforma emprendida por la LO 1/2015.

considerado que son una buena muestra del clima de *sobrecriminalización* de los *delitos de opinión* imperante en las recientes reformas penales.

b. La nueva regulación del discurso del odio ex art. 510 CP: problemas de técnica legislativa y anticipación delictiva

El tipo básico del apartado 1 del art. 510 CP recoge tres modalidades delictivas distintas, compartiendo entre sí la imposición de penas de prisión de uno a cuatro años o multa de seis a doce meses. La primera de las conductas, prevista en la letra a),[122] castiga la incitación[123] directa, o indirecta, al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra el sujeto pasivo común del delito. Esta primera figura típica de incitación constituye el referente de todo el art. 510 CP, en tanto que de la lectura del resto de conductas puede inferirse la relación con este primer comportamiento como conducta básica.[124]

En relación con las modificaciones operadas por la LO 1/2015, puede destacarse la sustitución del verbo típico "provocación" por "incitación". Sobre esta cuestión, si bien puede considerarse que este cambio en el tenor literal resulta beneficioso para evitar la confusión conceptual entre el art. 510 CP y la provocación como acto preparatorio punible del art. 18.1 CP,[125] lo cierto es que la nueva interpretación también plantea dudas sustanciales en relación con el principio de legalidad penal. Así, hacer referencia a conductas de incitación directa e indirecta parece situar el comportamiento en un estado predelictual difícilmente armonizable con cuestiones básicas relacionadas con el *iter criminis*, como son la extensión de la conducta típica a hechos previos a la propia incitación, o, cuando se hace referencia a la incitación indirecta, fácilmente pueden incriminarse comportamientos cercanos a la participación en el delito intentado.[126] Siguiendo este hilo argumental, la utilización del verbo típico "provocar", pese a la problemática respecto de su delimitación en relación con el art. 18.1 CP,[127] restringía de forma más clara el espectro de comportamientos sancionables, quedando el ámbito de lo punible mucho más abierto con la

[122] Art. 510.1 a): "Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad".

[123] En todo caso, esta incitación debe ser realizada con publicidad, cuestión que no se encontraba prevista de forma específica en la figura introducida por la LO 10/1995.

[124] Véase, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 72, refiriéndose a esta primera figura como modalidad grave.

[125] De este parecer, véase, entre otros, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 161; ROIG TORRES, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal del Código penal*, 2015, p. 1253.

[126] Véase, PORTILLA CONTRERAS, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 94.

[127] De alguna manera, este cambio en la nomenclatura sirve para, como apuntaba GÓMEZ MARTÍN, dotar al art. 510 CP de sustantividad propia respecto de la provocación prevista en el art. 18.1 CP, de manera que puede afirmarse el carácter *sui generis* de esta incitación. Cfr. GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, (dir.), *Protección penal de la libertad de expresión e* información, 2012, pp. 115 ss. En la misma orientación, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 67.

nueva redacción típica,[128] siendo la muestra más palpable de su carácter extensivo la referencia a la incitación indirecta. De este modo, si bien se gana en coherencia sistemática por el deslinde entre la conducta del art. 510 CP respecto de los actos preparatorios punibles, el nuevo verbo típico favorece la realización de interpretaciones extensivas.

Asimismo, la vaguedad de la nueva redacción típica se pone de manifiesto al incluir la "hostilidad",[129] junto con las ya consabidas referencias a la "discriminación", "odio" y "violencia", como uno de los estados o climas que pueden ser creados por la incitación mediante la expresión de opiniones.

> En este sentido, conviene destacar lo dicho por TERUEL LOZANO, quien considera que los actos de "violencia" o "discriminación" pueden interpretarse restrictivamente como actos delictivos, sin que pueda decirse lo mismo de la referencia al "odio" o, con la reforma, la "hostilidad", pues tienen un alcance difuso que no necesariamente coincidirá con la realización de actos delictivos, pudiendo en consecuencia censurarse el hecho de castigar penalmente "por incitar a actos cuya realización no es en sí misma delictiva".[130] Así las cosas, si a la inclusión de la incitación indirecta como parte del tenor típico, se le une la posibilidad de responder penalmente por la "hostilidad" u "odio" que pudiera generar la expresión de opiniones, puede compartirse la reflexión de PORTILLA CONTRERAS, cuando afirma que "se castigan participaciones intentadas, actos preparatorios de actos preparatorios a la discriminación, odio, hostilidad o violencia y actos preparatorios de la discriminación, odio, hostilidad y violencia. En definitiva, se convierte en un delito autónomo lo que no son más que actos preparatorios de delitos, actos preparatorios de sentimientos y otros actos de complicidad en delitos y sentimientos sin inicio de la tentativa que no llegan a la categoría de actos preparatorios".[131]

La segunda modalidad prevista en el art. 510.1 b),[132] supone una extensión del castigo a una amplia gama de comportamientos, donde se reafirma la punición de lo que ni siquiera podría entenderse como actos preparatorios de actos preparatorios. De acuerdo con el *test* de constitucionalidad aportado por la STC 235/2007, hablaríamos de conductas situadas en una fase anterior a la que la decisión sobre la inconstitucionalidad del art. 607.2 CP estableció para

---

[128] Véase, ALASTUEY DOBÓN, *RECPC*, 2016, p. 16; CUERDA ARNAU, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 754.

[129] En este sentido, puede que una de las motivaciones para la inclusión de la "hostilidad" fuese lo dispuesto por el art. 20.2 PIDCP (véase *supra* n. 52). Sobre este particular, ROIG TORRES, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal del Código penal*, 2015, p. 1262.

[130] Véase, TERUEL LOZANO, *InDret*, 2015, p. 32. En sentido similar, ALASTUEY DOBÓN, *RECPC*, 2016, p. 26.

[131] Véase, PORTILLA CONTRERAS, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 93. Las cursivas son añadidas.

[132] Art. 510.1 b): "Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad".

que el castigo del discurso del odio fuera asumible[133]. En este sentido, la confusión generada por la literalidad del precepto permitiría la realización de este tipo de interpretaciones extensivas que fundamentaría una suerte de *incriminación en cadena*.

> Nótese que la letra b) considera punibles un amplísimo abanico de verbos típicos ("producir", "elaborar", "poseer con finalidad de distribuir", "facilitar a otras personas el acceso", "distribuir", "difundir", "vender"), destinados a la puesta en conocimiento público de cualquier tipo de material que por su contenido pueda resultar idóneo para realizar la conducta de incitación directa o indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia, prevista en la letra a). En este sentido, cabe destacar que la enumeración de verbos típicos del art. 510.1.b) excede lo dispuesto por el art. 1.1 b) de la DM 2008, pues ésta sólo hace referencia a la "difusión o reparto de escritos", sin que se haga referencia alguna a la incriminación de las personas que "producen" o "elaboran" esos materiales, como ocurre en la letra b).[134] Esta extensión de las conductas punibles supone una ampliación de la responsabilidad criminal, en tanto que la inclusión de dichos comportamientos abriría la puerta a que se produzca la incriminación en cadena a la que se ha hecho referencia. Asimismo, la redacción típica del precepto puede ser catalogada de todo menos clara, motivo que dificulta la realización de una interpretación restrictiva para delimitar su alcance. En este sentido, destaca el esfuerzo de LANDA GOROSTIZA, apreciando la posibilidad de aplicar este precepto sólo cuando se pruebe la existencia de una "cadena de difusión del odio incitador", siendo aquí necesario que el contenido tendencial de lo que denomina como "productos de odio" sea de tal intensidad que constate con claridad que "la hostilidad, el odio, la violencia o la discriminación se desplegarán como medios eficaces para promover, fomentar o incitar su repetición".[135] Pese a la validez de esta interpretación, la indeterminación del precepto parece ser un campo abonado para limitar el derecho a la libre expresión de ideas, como sostiene PORTILLA CONTRERAS al afirmar que "es un emblema de la censura, no sólo criticable por la inseguridad de sus fundamentos, su imprecisa delimitación y la utilización de demasiados conceptos indeterminados que sancionan participaciones no delictivas sino por representar uno de los mayores ataques a la libertad de expresión que se conocen".[136]

Finalmente, cabe resaltar que la conducta prevista en este apartado representa un estadio de mayor adelantamiento respecto de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, en relación con la modalidad de incitación grave prevista en la letra a). En este sentido, lo que resulta del todo incomprensible es que, atendiendo al menor contenido aflictivo de este comportamiento, se imponga la misma pena que la prevista en el supuesto anterior.[137] Así las cosas, se castigará con la misma pena a quien realiza de forma directa, o indirecta, la incitación contenida en el art. 510.1.a), y a las personas que expresen, letra b), de forma efectiva e idónea opiniones incitadoras que pudieran ser castigadas por ese mismo apartado, siendo aquí palpable la incoherencia sistemática que supone castigar con idéntica pena a quien simplemente transmite el mensaje de quien emite el discurso del odio.

---

[133] Véase, ROIG TORRES, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal del Código penal*, 2015, p. 1265.

[134] Véase, ALASTUEY DOBÓN, *RECPC*, 2016, p. 23.

[135] Véase, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, pp. 73-76.

[136] Véase, PORTILLA CONTRERAS, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 99.

[137] Véase, por todos, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p, 73; PORTILLA CONTRERAS, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, pp. 97-98; ROIG TORRES, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal del Código penal*, 2015, p. 1257; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 163.

En relación con la modalidad prevista por el art. 510.1.c),[138] se ha hecho referencia previamente a la influencia que sobre su inclusión en este precepto tiene el contenido de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007,[139] así como lo dispuesto por el art. 1.1 c) y d) de la DM 2008/913/JAI.[140] En este sentido, la figura típica prevista en este apartado viene a recoger lo que disponía el derogado art. 607.2 CP, incluyendo la doctrina constitucional de la STC 235/2007, así como las disposiciones de la DM, de forma que se integra dentro del art. 510 CP una modalidad de discurso del odio, lo que podría denominarse como *delito de negacionismo,*[141] que no se encontraba sistemáticamente ubicado en este precepto en la redacción dada por la LO 10/1995.

Entrando en la redacción típica del art. 510.1 c), se castigan las conductas consistentes en "negar", "trivializar gravemente" y "enaltecer" los delitos recogidos en los Capítulos II, II bis y III del Título XXIV ("Delitos contra la Comunidad Internacional"), pudiendo aquí recogerse los delitos de genocidio (art. 607 CP), de lesa humanidad (art. 607 bis CP) o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (arts. 608 a 614 bis). La conducta de enaltecimiento también se refiere, en segunda instancia, a los autores del delito, entendidos aquí en un sentido amplio como intervinientes en la realización del hecho típico, pudiendo así incluirse a los partícipes.[142] De los verbos típicos, cabe destacar la referencia al "enaltecimiento", cuando el mandato de la DM hace referencia a la apología de los comportamientos reseñados. De este modo, si bien esta expresión tiene sentido si se hace referencia a la exaltación de los autores de los delitos, no puede decirse lo mismo en relación con los propios hechos en sí, pudiendo ser más acertado mantener la referencia a la apología o, para evitar problemas interpretativos en relación con el inciso 2º del art. 18.1 CP,[143] utilizar el término justificación.[144]

Asimismo, resulta de especial importancia hacer referencia al último inciso del art. 510.1.c) CP. A diferencia de la letra a), donde consta expresamente la incitación directa o indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia, la presente modalidad únicamente hace referencia a lo que podría considerarse como un estadio previo en el *iter* de la incitación como se puede inferir del tenor literal del tipo, pues habla de "cuando de ese modo se promueva o favorezca un *clima* de violencia, hostilidad, odio, o discriminación".[145] El carácter abierto de esta referencia a la

---

[138] Art. 510.1 c) CP: "Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos".

[139] Véase, *supra* 3.3. a).

[140] Véase, *supra* 3.3. a).

[141] Véase, TERUEL LOZANO, *InDret*, 2015, p. 34.

[142] Véase, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 164.

[143] Véase, ALASTUEY DOBÓN, *RECPC*, 2016, p. 30.

[144] Véase, PORTILLA CONTRERAS, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 100.

[145] Cursiva añadida.

creación del "clima" como elemento típico obligaría, para así favorecer una interpretación restrictiva, a limitarlo a los supuestos que sean propicios para provocar actos reales de discriminación.[146]

Por lo que respecta a las modalidades agravadas recogidas en los apartados 3[147] y 4[148] del art. 510 CP, son una muestra clara del rigor punitivo con que son tratados los *delitos de opinión* en la reforma penal de 2015, aspecto que también ha sido puesto de manifiesto respecto de la propia penalización básica del discurso del odio en la redacción típica del art. 510.1 CP. Así, el art. 510.3 CP contempla la posibilidad de aplicar la pena en su mitad superior cuando la expresión de opiniones haya sido realizada mediante el uso de medios de comunicación social, incluyéndose expresamente los que puedan estar disponibles en Internet, como lo serían las redes sociales de uso masivo. Sin duda estas aplicaciones han supuesto una redefinición de las prácticas comunicativas en el medio social, cuestión que, como se ha apuntado, está siendo especialmente significativa en lo relativo al derecho a la libre expresión de ideas, así como en la delimitación de ésta respecto de los supuestos de comunicación violenta y discurso del odio mediante el uso de las redes sociales.[149] Así, afirmada la posición hegemónica de las redes sociales en las prácticas culturales y comunicativas en el medio social, y siendo las normas jurídicas una respuesta a los conflictos que puedan generarse en esta realidad, resulta discutible la agravación de la conducta por su realización utilizando este tipo de medios de comunicación social. Esto es así, en tanto que se está imponiendo una mayor penalidad por la realización de las conductas del art. 510 CP utilizando los medios de expresión de opiniones que podrían ser considerados mayoritarios para gran parte de la sociedad.[150]

---

[146] Véase, ROIG TORRES, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal del Código penal*, 2015, p. 1258. En este sentido, puede destacarse la identificación realizada por JAKOBS respecto de los delitos de apología del odio y la violencia recogidos en los arts. 130 y 131 StGB como normas sancionadoras de un *clima* donde pueda apreciarse una perturbación de la paz pública en relación con determinados grupos. Véase JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico» (traducción al castellano por Enrique Peñaranda Ramos), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 314 ss.

[147] Art. 510.3 CP: "Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas".

[148] Art. 510.4 CP: "Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado".

[149] Sobre esta cuestión, véase MIRÓ LLINARES, «Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet», *IDP* (22), 2016.

[150] Así, como sostiene CUERDA ARNAU, "lo dispuesto en el párrafo 3 de este precepto convierte en regla general la agravación allí contenida, puesto que lo habitual es que este tipo de conductas se produzcan en medios de comunicación social. Cfr. CUERDA ARNAU, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., 2019, p. 756. Esta dinámica puede apreciarse respecto de otros *delitos de opinión*, como ocurre en el art. 578.2 CP, relativo a la agravación de los delitos de enaltecimiento del terrorismo, o el delito de difusión pública de consignas incitadoras a la comisión de desórdenes públicos agravados (art. 559 CP en relación con art. 557 bis CP). Véase, CORRECHER MIRA, en ALONSO RIMO (dir.), *Derecho penal preventivo*, 2019, *passim*.

Pasando al art. 510.4 CP, encontramos una agravación mayor para los supuestos donde la incitación al odio pueda suponer la alteración de la paz pública o la creación de un clima de inseguridad. Este precepto, introducido *ex novo* por la LO 1/2015, incide en el régimen de excepcionalidad que el legislador penal parece configurar en lo relativo a los delitos de opinión. El recurso a conceptos como "paz pública", "sentimiento de inseguridad" o "temor entre los integrantes del grupo" no hace más que confirmar el contenido simbólico de este precepto, en tanto que su aplicación por los tribunales resulta difícil si se quiere ser coherente con las máximas de certeza y seguridad jurídica derivadas del principio de legalidad penal.[151]

c. La conexión entre el sujeto pasivo del delito y el bien jurídico protegido: especial referencia al carácter vulnerable del colectivo

La reforma operada por la LO 1/2015 en el art. 510.1 CP permite identificar un sujeto pasivo común[152] de las conductas de incitación, las cuales deben ir dirigidas "contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél". Así, lo dispuesto por la reforma supone una modificación respecto de la redacción típica dada al art. 510.1 CP por la LO 10/1995, pues en esta versión se limitaba a hablar de la provocación al odio, discriminación o violencia "contra grupos o asociaciones".

> No resultaba pacífica la interpretación de esta referencia a los "grupos o asociaciones" como sujeto pasivo del art. 510 CP, pues del tenor literal no parecía quedar claro hasta qué punto la provocación contra miembros individuales del grupo o asociación integraba el tipo. Sobre esta cuestión, LANDA GOROSTIZA se pronunciaba a favor de considerar estos grupos o asociaciones como sujeto pasivo en sentido estricto del antiguo delito de provocación al odio, a partir de una interpretación teleológica del objeto de protección del precepto. Así, estima el citado autor que el art. 510 CP "se dirigía a proteger a colectivos especialmente vulnerables frente a actos de provocación que pueden desencadenar procesos de agresión **contra todo el grupo.**[153] No se trata tanto de una provocación en el sentido de acto preparatorio, adelantado, respecto de un delito individual futuro, sino de un auténtico tipo autónomo de peligro que se dirige a la prevención de actuaciones que afecten a una minoría o colectivo vulnerable en su conjunto**".**[154] Sin embargo, otro sector de la doctrina considera que la mención expresa de los grupos o asociaciones no debe

[151] Atendiendo a las dificultades exegéticas que este apartado genera, LANDA GOROSTIZA defiende una interpretación restrictiva, considerando que, para apreciarse este precepto la situación creada debe ser "de tal gravedad que el colectivo, sus miembros, puedan razonablemente dar por perdida de forma radical la confianza en que las instituciones democráticas les pueden brindar el mínimo de seguridad para poder ejercer sus derechos fundamentales. Es una situación por tanto próxima a la explosión o enfrentamiento colectivo: enfrentamiento real, material, no puramente ideal o potencial". Cfr., *Los delitos de odio*, 2018, pp. 87-88. Por su parte, GÓMEZ MARTÍN parece identificar la realización del tipo contenido en el art. 510.4 CP en aquella conducta "adecuada para provocar alteración de la paz o sentimiento de inseguridad, sin que se precise, en cambio, la producción de un resultado efectivo de lesión de tales intereses. Cfr. GÓMEZ MARTÍN, en MIRÓ LLINARES (dir.) *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 193.

[152] Véase, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 160.

[153] Negritas del autor.

[154] Véase, LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal contra la xenofobia*, 1999, p. 222; EL MISMO, *La política criminal contra la xenofobia*, 2001, p. 125. También favorables a la consideración del grupo o asociación como sujeto pasivo del delito, entre otros, CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios*, 1997 pp. 1275-1276; PORTILLA CONTRERAS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho* penal, 1997, pp. 686-687.

> limitar la protección a los miembros del grupo. Así, LAURENZO COPELLO estima que la literalidad del precepto debe entenderse como un "modo de intensificación de la tutela penal",[155] de forma que la protección conferida por el art. 510 CP se adelanta doblemente.[156]

Así, con la reforma queda expresado de forma clara que las personas individualmente consideradas también pueden ser sujetos pasivos del delito de incitación del art. 510.1 CP, siempre que sea la adscripción al grupo o colectivo la que determine la expresión de opiniones incardinadas en el discurso del odio.[157] De igual modo, respecto de la descripción del elemento subjetivo en que se basa el art. 510.1 CP, la LO 1/2015 mantiene la enumeración de motivos recogida en la regulación anterior, incluyendo aquí como móviles la pertenencia del sujeto pasivo a una "nación", junto a una etnia o raza, así como la "identidad sexual", sustituyendo asimismo en cumplimiento de la normativa vigente[158] el término "minusvalía" por "discapacidad".[159]

Descritos estos aspectos sobre la configuración típica del art. 510.1 CP, cabe volver a la figura del sujeto pasivo del delito, por la estrecha vinculación que esta cuestión presenta con la progresiva desnaturalización del discurso del odio. Así, se hará referencia nuevamente a la Circular 7/2019, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP. En este punto, conviene recordar lo establecido en su apartado 2.4, relativo a los "sujetos pasivos de los delitos de odio":

> "El origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos, pero la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. Así una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacía tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos".

Como puede apreciarse, la interpretación realizada por la Circular no niega el carácter vulnerable de los colectivos protegidos por el art. 510 CP, sino que entiende la vulnerabilidad como un elemento intrínseco de los motivos discriminatorios, aduciendo que el legislador, en la redacción del precepto, ha tenido en cuenta esta vulnerabilidad mediante un juicio de valor previo. Esto viene a decir que, dentro del amplio catálogo de motivos o móviles estipulados en el art. 510 CP, el legislador estima que cualquier agrupación de personas reunidas en torno a uno de los motivos discriminatorios expuestos en la norma podría ser considerado como un colectivo vulnerable. Esto, sin duda, supone una interpretación sumamente extensiva del

---

[155] Véase, LAURENZO COPELLO, *EPC*, 1996, p. 252.

[156] También se muestran favorables a considerar individualmente a los miembros del grupo como sujetos pasivos del delito, entre otros, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación en el derecho penal*, 1998, pp. 83-84; CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, en EL MISMO (coord.), *Comentarios*, 1996, p. 2003; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 1996, p. 707.

[157] Véase, ROIG TORRES, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código* penal, 2015, p. 1263.

[158] Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (BOE nº 299, 15.12.2006).

[159] Véase, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres* 2017, pp. 160-161; VALLS PRIETO, en MORILLAS CUEVAS (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado*, 2016, pp. 867-868.

precepto, hasta el punto de desnaturalizar su significado, y la eficacia práctica que pudiera tener la penalización del discurso del odio.

El art. 510 CP contempla entre los motivos discriminatorios cuestiones como la ideología, raza, la situación familiar o la orientación sexual. Si no se ha errado en la interpretación de la Circular, lo que su apartado 2.4 aduce es que estos móviles, *per se*, reflejan una situación de vulnerabilidad, sin entrar en las distintas opciones que estas categorías encierran. Esto es, si la orientación sexual representa en sí misma una categoría vulnerable, lo que sostendría una interpretación estricta de la Circular es que se puede castigar cualquier tipo de expresión de opiniones contrarias, por ejemplo, a una opción tan convencional, y tan lejos de la vulnerabilidad, como la heterosexualidad. Lo mismo podría decirse en relación con la situación familiar, si entendiéramos que mensajes contra la institución del matrimonio podrían ser considerados como discurso de odio. O, por cerrar esta enumeración, si se estima que la categoría raza tiene atribuida de forma directa la etiqueta de vulnerabilidad, de forma que pueda castigarse cualquier comunicación pública contraria a las personas de raza blanca.[160]

De igual modo, la interpretación mantenida por la FGE puede resultar contradictoria si se contrapone con el bien jurídico protegido por el art. 510 CP. Sobre este particular, la nueva regulación típica del precepto, la cual reconoce como sujeto pasivo común del delito tanto a los grupos y asociaciones como a sus miembros individualmente considerados, permite atisbar la existencia de un "bien jurídico mixto individual-colectivo".[161] Esto es así, en tanto que el objeto de protección derivado del tenor literal del art. 510 CP parte de la adscripción de la persona a un grupo concreto, considerando que, si bien se pretende salvaguardar la posición de este colectivo en el medio social, amenazado por el contenido del discurso del odio, lo mismo podría decirse de los miembros que forman parte de éste. En consecuencia, la incitación al odio, violencia, discriminación u hostilidad contenida en el tipo penal, en caso de concretarse contra un colectivo específico, afectaría de igual manera a las personas individualmente consideradas que lo componen. Partiendo de estos presupuestos, el bien jurídico protegido por el art. 510 CP podría concretarse a partir del reconocimiento en el art. 14 de la Constitución Española del derecho fundamental a la igualdad, con la consecuente prohibición de discriminación que se deriva de su entendimiento en una vertiente material. Así, si bien este precepto rige para el conjunto de la ciudadanía, su posición como fundamento del bien jurídico protegido por el art. 510 CP supone una especial consideración respecto de los colectivos o minorías en posición de vulnerabilidad, en tanto que son estos grupos, por la existencia de una situación de desigualdad estructural, los que pueden verse afectados por la expresión de opiniones incitadoras al odio, violencia, discriminación u hostilidad.

---

[160] En sentido similar al aquí defendido, LANDA GOROSTIZA estima de qué manera "el tenor literal de los tipos no excluye necesariamente la protección de mayorías sociales (...) pero una interpretación que supere la mera aproximación literal parece subrayar criterios de identificación de los ataques penalmente relevantes como aquéllos que afectan a colectivos que arrastran un cierto estigma en términos de marginación, vulnerabilidad, discriminación u hostilidad empírica e históricamente constatada en términos de realidad social". Cfr. LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio*, 2018, p. 46.

[161] Siguiendo la propuesta de GÓMEZ MARTÍN, *RDPC*, 2018, p. 448, EL MISMO, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, p. 187.

Esta postura supondría asumir, respecto de la penalización del discurso del odio, que el reconocimiento de la igualdad en términos formales, recogido en el art. 14 CE, requiere de una tutela reforzada respecto de determinados grupos o colectivos situados en una posición de desigualdad estructural. Esto no querría decir que la igualdad se viese afectada solamente en el caso de minorías vulnerables, aunque sí que podrían considerarse más fácilmente susceptibles de verse afectados por el potencial lesivo que representa el discurso del odio. De este modo, resulta necesario considerar la tutela ofrecida por el principio de igualdad desde una perspectiva material, con la finalidad de remover los obstáculos a los que se enfrentan determinados grupos situados en una posición de vulnerabilidad para disfrutar de unas condiciones materiales de vida libres de intromisiones de alcance discriminatorio, obstáculos que puedan generarse por los mensajes de odio difundidos por otros miembros de la comunidad, y perpetuados por la inacción institucional en supuestos de esta naturaleza. En esta línea, no solamente se estaría haciendo referencia a la igualdad material como participación multinivel en la esfera pública, sino que incluso podría verse afectada la propia seguridad del grupo y de los miembros que lo integran. Así las cosas, sólo cuando se apreciaran estos potenciales efectos como consecuencia del discurso del odio cabría recurrir a la norma penal que representa el art. 510 CP.

> En el debate sobre el bien jurídico protegido por el art. 510 CP resulta fundamental considerar la posición de LANDA GOROSTIZA, quien sostiene como objeto de protección lo que denomina como "tutela de las condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables".[162] En general, las distintas posturas doctrinales giran alrededor de la construcción del bien jurídico protegido a partir de la dignidad humana, haciendo un mayor o menor énfasis en la protección de la igualdad o la no discriminación. En relación con esta posibilidad, puede destacarse su desarrollo por LAURENZO COPELLO, partiendo de cómo un "comportamiento concreto coloca al afectado en una situación de desventaja -de marginación- precisamente porque reúne alguna de aquellas características personales o sociales que la ley expresamente enumera".[163] Otra posibilidad, aunque minoritaria en la doctrina española, consiste en la identificación de la paz pública como bien jurídico protegido,[164] opción en cambio mayoritaria en la interpretación realizada por la doctrina alemana del § 130 StGB.[165] Para PORTILLA CONTRERAS, el bien jurídico protegido varía en función de las distintas conductas contenidas en el art. 510 CP. Si bien estima que puede considerarse la seguridad cuando se produce una incitación a la violencia, o el derecho a la igualdad si se hace referencia a conductas discriminatorias, sostiene que en la incitación al odio no puede apreciarse bien jurídico alguno, siendo su tipificación una "mera excusa para

[162] Propuesta desarrollada en LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, 1999, pp. 341 ss.; EL MISMO, *Los delitos de odio,* 2018, pp. 57 ss., si bien en esta revisión de su formulación con motivo de la reforma del art. 510 CP por la LO 1/2015, pese a incluir los grupos vulnerables como referente originario del tipo penal, afirma que este no es un requisito indispensable para observar la lesión del bien jurídico (p. 58).

[163] Véase, LAURENZO COPELLO, *EPC*, 1996, p. 237.

[164] Véase, FUENTES OSORIO, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, p. 141; TERUEL LOZANO, *InDret*, 2015, p. 27, si bien hace referencia al "sentimiento de tranquilidad de los distintos grupos sociales".

[165] Sobre esta cuestión, véase el certero análisis sobre el precepto y el estado actual de la cuestión en la doctrina alemana presentado por GARRO CARRERA, «Los discursos del odio en el ordenamiento jurídico alemán: el laberinto dogmático del tipo de incitación a la población del § 130 StGB», en LANDA GOROSTIZA/LA MISMA (dir.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, 2018, pp. 27-78.

> reprimir la libertad de expresión".[166] Finalmente, resulta sugerente la propuesta de MIRÓ LLINARES, consistente en reconducir el estudio de la criminalización de los *delitos de opinión* al modelo de daño/ofensa derivado del desarrollo evolutivo del *harm principle* por la doctrina anglosajona, a partir de su variante conocida como *offense principle*, opción que lleva a prescindir metodológicamente del concepto de bien jurídico protegido.[167]

De acuerdo con lo expuesto, la posición mantenida por la Circular 7/2019 no resultaría coherente con una consideración de la igualdad material como bien jurídico protegido por el art. 510 CP. Esto sería así, en tanto que la equiparación realizada respecto del sujeto pasivo común del delito sitúa en una posición de igualdad formal a las distintas sensibilidades que pudieran integrase dentro de cada una de las categorías que integran los móviles o motivos discriminatorios, cuando la posición de poder que éstas ocupan en el medio social puede ser diametralmente opuestas. De este modo, se abandona cualquier referencia a la vulnerabilidad del colectivo, o a la posición de desigualdad sistémica ocupada por éste en el medio social, perdiéndose así el alcance antidiscriminatorio que se le supone al art. 510 CP respecto de la protección penal contra el discurso del odio.

4. La desnaturalización de los colectivos vulnerables como criterio interpretativo

4.1. De la vulnerabilidad a la protección de los sentimientos mayoritarios

Previamente se ha hecho referencia al proceso de reformulación en que se encuentra el discurso del odio. En este sentido, la posición mantenida por la FGE en la Circular 7/2019, con la consiguiente extensión del sujeto pasivo común a cualquier sensibilidad que se enmarque dentro de las categorías nombradas como motivos discriminatorios, supone un cambio tanto cualitativo como cuantitativo respecto del tratamiento penal del discurso del odio: cualitativo, por la pérdida de conexión con el bien jurídico protegido que representa excluir la noción de vulnerabilidad de la interpretación típica de los móviles descritos en el art. 510 CP; cuantitativo, porque como se verá más adelante,[168] la pérdida del carácter vulnerable del grupo como requisito del tipo supone ampliar el ámbito de aplicación judicial del precepto, con la consiguiente restricción del derecho a la libre expresión que ello supone, sea de forma directa

---

[166] Véase, PORTILLA CONTRERAS, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho* penal, 2016, pp. 385 ss.

[167] Véase, MIRÓ LLINARES, en EL MISMO (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 50. En relación con la cuestión de las conductas ofensivas en Derecho penal, a partir de una revisión del *harm principle*, véase su trabajo, «La criminalización de conductas ofensivas. A propósito del debate anglosajón sobre los límites morales del Derecho penal», *RECPC*, (17-23), 2015. Esta propuesta parte de la obra de Joel FEINBERG (especialmente, *Offense to others. The moral limits of the Criminal Law*, vol. 2, 1986), consistente en el mencionado esquema daño/ofensa, reconociéndose el primero como correlativo al entendimiento tradicional del *harm principle*, mientras que la ofensa (*offense principle)*, no entraría tanto en el daño a terceros, sino en la ofensa a sentimientos colectivos. Esta diferenciación, aplicada al tratamiento de los *delitos de expresión*, lleva a MIRÓ LLINARES, entre otras cuestiones, a considerar que sólo los supuestos de expresiones causantes de un daño pueden ser penalizadas con pena privativa de libertad, mientras que las ofensas, siempre que merezcan un castigo, sólo pueden ser sancionadas mediante la pena de multa. Cfr. *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 30.

[168] Véase, *infra* 4.3.

por la sobrecriminalización de este *delito de expresión*, o de manera indirecta por el efecto desaliento generado respecto del ejercicio de la libertad de expresión.

Así las cosas, puede partirse de la necesidad de restringir al máximo la injerencia en la libertad de expresión que representa la punición del discurso del odio. Sobre esta cuestión, serán las características del colectivo las que determinarán la importancia de la expresión de opiniones, a efectos de su consideración como discurso de odio. En este sentido, no se incide tanto en el significado literal del mensaje, tampoco en la actitud interna del sujeto, sino más bien en los efectos discriminatorios que la práctica discursiva pueda suponer respecto del colectivo, siendo aquí la vulnerabilidad, en relación con la quiebra del principio de igualdad material, el aspecto determinante para castigar el discurso del odio.

> En relación con la noción de vulnerabilidad, resulta imprescindible hacer referencia a lo dispuesto por PRESNO LINERA. Según el citado autor, este concepto viene referido a "grupos de población particularmente desfavorecida y vulnerable que necesita una protección especial".[169] En este sentido, a partir de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cita colectivos como la minoría étnica gitana,[170] las personas con problemas de salud mental,[171] los enfermos de V.I.H.,[172] o los demandantes de asilo.[173] Por lo que respecta al reconocimiento del grupo vulnerable, PRESNO LINERA identifica el carácter relacional del mismo, en tanto que depende de factores históricos, sociales e institucionales, haciendo aquí referencia al sentido particular del concepto, pues la vulnerabilidad puede ser distinta en función de la posición ocupada por el colectivo, implicando en todo caso una situación de "inferioridad, exclusión o estigmatización".[174] En este sentido, conviene hacer referencia a la importancia de las transformaciones sociales, políticas, económicas y jurídicas en el reconocimiento de las causas de la vulnerabilidad, las cuales, por su carácter fluctuante, permiten que la noción de vulnerabilidad no sea determinista, sino que pueda variar en función de cómo estas causas se proyecten sobre un sujeto concreto miembro del grupo.[175]

De acuerdo con lo expuesto, el carácter vulnerable del colectivo determina el efecto dañino del discurso del odio, en tanto que la mayor permeabilidad del grupo para sufrir las consecuencias discriminatorias derivadas del mensaje sería la razón que justificaría la limitación a la libertad de expresión que supone su incriminación. En este punto, estas consecuencias podrían generar una quiebra en el entendimiento de la igualdad desde una perspectiva material, manifestándose en un peligro potencial respecto de los miembros del grupo, con el pertinente riesgo a su seguridad que ello supone. Por lo tanto, puede identificarse de qué manera el acto discriminatorio en que se concreta el discurso del odio tendrá una mayor significación social si se produce en un contexto de tensión respecto de un grupo concreto. Como certeramente

---

[169] Véase, PRESNO LINERA, «Estado de alarma por Coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (monográfico, «Coronavirus»), (86-87), 2020, p. 54.

[170] Véase, SSTEDH *Orsus y otros c. Croacia*, 16 de marzo de 2010; *D.H. c. República Checa*, 13 de noviembre de 2007; *Chapman c. Reino Unido*, 18 de enero de 2007.

[171] Véase, STEDH *Plesó c. Hungría*, 2 de septiembre de 2012.

[172] Véase, STEDH *Kyutin c. Rusia*, 21 de marzo de 2011.

[173] Véase, STEDH *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, 21 de enero de 2011.

[174] Véase, PRESNO LINERA, *El Cronista*, 2020, p. 55.

[175] Véase, PRESNO LINERA, *El Cronista*, 2020, p. 55.

señala LANDA GOROSTIZA, "la fuerza expresiva o evocadora que del acto discriminador -el mensaje añadido que éste puede transmitir- depende directamente de la situación social e histórica del colectivo receptor del mismo"[176].

> Respecto a la ofensa al colectivo que pueden causar las expresiones de odio, en este caso, en el plano concreto de la *identidad cultural,*[177] AÑÓN ROIG considera que "una identidad infravalorada o no reconocida causa un daño al individuo, en tanto que su identidad se forja en un contexto, en una relación dialéctica con una lengua y una cultura y eso forma parte de las fuentes de su yo".[178] En este punto, cabe recordar lo dicho sobre el *efecto silenciador,*[179] esto es, la posibilidad de que el daño producido por el discurso del odio en los miembros del colectivo reduzca de forma sustancial la participación de éstos en la vida pública, con la pertinente limitación que ello supone respecto del derecho a la libre expresión de ideas. Así, LAURENZO COPELLO, respecto de los efectos añadidos que la posición social reglada o marginal que ocupa el grupo atacado supone en relación con el discurso del odio: "en primera línea aparece el atentado a la dignidad personal que entraña cualquier ataque motivado únicamente por el menosprecio de las señas de identidad de la víctima, el rechazo al *otro* a partir de una posición de superioridad asumida y refrendada por la propia agresión (...) pero, además, no se puede perder de vista el efecto intimidatorio que producen los actos de racismo y xenofobia sobre el colectivo en su conjunto y sobre cada uno de sus integrantes, lo que disminuye sus expectativas de seguridad y la posibilidad de ejercicio pleno de sus derechos fundamentales".[180] En sentido similar, DOMINGO PÉREZ, "el discurso del odio puede generar un clima de temor entre los miembros de los colectivos afectados por el mensaje. Ello podría provocar una situación de desigualdad con relación al resto de ciudadanos que afecte a su autonomía personal y a su iniciativa para participar en debates inherentes al funcionamiento de la democracia".[181]

En este sentido, puede inferirse la dimensión colectiva del tratamiento penal del discurso del odio, en tanto que incide sobre la existencia de una posición de desigualdad estructural de un grupo en el medio social, siendo ésta la razón que justifica, en la posición mantenida en este trabajo, la limitación al derecho a la libre expresión que supone su tipificación en el art. 510 CP. No obstante, esto no puede llevar a considerar que la incriminación de este tipo de expresión de opiniones, en ocasiones fuertemente enraizadas en el medio social, pueda ser la medida más efectiva para erradicar la existencia de la situación de discriminación que genera la posición de vulnerabilidad ocupada por el colectivo. Todo lo contrario, además de potenciar el efecto simbólico del Derecho penal, podría llevar a una aplicación extensiva del precepto, como de hecho se aprecia en la práctica, cuestión a su vez contraria al entendimiento como *ultima ratio* del Derecho penal.

> Así, REY MARTÍNEZ hace referencia al concepto de *racismo líquido*, al considerar que "cualquier estrategia contra los delitos de odio debe poner el foco no sólo sobre la conducta individual del

---

[176] Cfr. LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, 1999, p. 251.

[177] En relación con la gestión del pluralismo cultural desde el prisma del Derecho penal, véase la excelente monografía de CISNEROS ÁVILA, *Derecho penal y diversidad cultural*, 2018.

[178] Véase, AÑÓN ROIG, «La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos», en DE LUCAS (dir.) *La multiculturalidad*, 2001, pp. 227-228.

[179] Véase, *supra* 2.1.

[180] Véase, LAURENZO COPELLO, en PORTILLA CONTRERAS/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Un juez para la democracia,* 2019*,* p. 462.

[181] Véase, DOMINGO PÉREZ, en MIRÓ LLINARES (dir.) *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 278.

> autor, sino también en la relación entre su conducta y la comunidad social en la que se desarrolla".[182] Respecto de la utilización simbólica del discurso del odio como forma de legitimación de situaciones de discriminación institucional, concretamente para el caso de las personas migrantes, puede considerarse la acertada observación de LANDA GOROSTIZA: "la política criminal despliega, contra la apariencia de una preocupación real por el problema racista y xenófobo y de una actuación diligente en consecuencia, una función de cobertura y legitimación del discurso oficial que impregna las políticas restrictivas frente al inmigrante. En primer lugar, da la apariencia de que efectivamente se combate el racismo y la xenofobia, oscureciendo la percepción de la actuación de extranjería sometida a las lógicas de exclusión (...) en segundo lugar, contribuye a consolidar la identificación del racismo y la xenofobia con sus manifestaciones más extremas y simbólicas".[183]

Pese a lo expuesto respecto de la posición de preeminencia ocupada por la noción de vulnerabilidad para garantizar la aplicación restrictiva del art. 510 CP, la práctica jurisprudencial muestra un progresivo abandono de esta propuesta, pasando a considerar el discurso del odio un *cajón de sastre* para la incriminación de comportamientos consistentes en la manifestación pública de rechazo o animadversión hacia un grupo concreto. En este sentido, lo que se castiga es una comprensión del *odio* conectada con la protección de los sentimientos, escindida de la conceptualización dada al discurso del odio por los estándares internacionales, y contraria a la protección de los grupos vulnerables.

> Respecto de la posibilidad de identificar los sentimientos como objeto de tutela penal, CARBONELL MATEU sostiene que "los sentimientos son, casi siempre, legítimos; pero eso no es suficiente para que se convierten en bienes jurídicos dignos de tutela penal. Por el contrario, sólo si el tipo tutela *algo más* que los puros sentimientos podrá, siempre que ese *algo más* pertenezca al sistema de valores constitucional y sea expresión del libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, justificarse".[184] En este punto, resulta pertinente el matiz introducido por HÖRNLE, pues diferencia entre protección de sentimientos asociados a derechos de un tercero (caso de los delitos contra el honor), donde resulta más fácilmente aceptable la referencia a los sentimientos, en contraposición con los delitos centrados de forma exclusiva en la protección de sentimientos (como ocurre con el § 166 StGB, relativo a los sentimientos religiosos).[185] Centrándose en la protección de sentimientos asociados a la identidad cultural de la persona, ALCÁCER GUIRAO se muestra contrario a su incriminación, considerando que "tal vinculación sentimental con símbolos culturales no ha de ser objeto de protección del Derecho penal, pues ni existe un derecho a que tales símbolos sean respetados ni tales sentimientos menoscaban la autonomía personal o afecta a intereses relevantes para la participación equitativa en la vida política. Por muy arraigada que pueda estar socialmente dicha identificación cultural, la afectación a los sentimientos morales se debe a un vínculo emocional de carácter netamente *subjetivo*, que no es constitutivo de la dignidad personal ni encarna el ejercicio de un derecho fundamental".[186]

---

[182] Véase, REY MARTÍNEZ, en REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, 2015, p. 80.

[183] Véase, LANDA GOROSTIZA, *La política criminal contra la xenofobia*, 2001, p. 251.

[184] Véase, CARBONELL MATEU, «Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas «más allá de la provocación y la injuria», en ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018.

[185] Véase, HÖRNLE, «La protección de sentimientos en el StGB», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2007, p. 396.

[186] Véase, ALCÁCER GUIRAO, *RECPC*, 2016, p. 41.

Así las cosas, la situación presentada parece presentar el inicio de un proceso de cambio en el tratamiento jurídico-penal del discurso del odio, pasando de la protección de los colectivos vulnerables a una "versión puramente subjetivista"[187], sustentada en la incriminación de aquellas expresiones de opiniones que puedan ser consideradas contrarias al pensamiento dominante o hegemónico, lo que puede denominarse como "sentimientos morales mayoritarios"[188]. A partir de esta configuración, la tipificación del discurso del odio *ex* art. 510 CP pierde toda funcionalidad, considerando el carácter desnaturalizado que supone la exención de toda referencia a la noción de vulnerabilidad para apreciar el tipo, así como la expansión que representa la punición de toda conducta que pueda ser contraria al sentir social dominante:

> Como formula acertadamente FUENTES OSORIO, "se decide que la simple manifestación aversiva es socialmente insoportable: se debe sancionar porque la comunidad desaprueba, rechaza ese comportamiento. El delito de odio se convierte, desde este enfoque, en una forma de protección del acervo cultural común, de la buena educación y el buen gusto, en una forma moderna de la blasfemia cuya sanción explicita que la sociedad odio al que se ha manifestado de ese modo, que es visto como un enemigo".[189] En términos similares, incidiendo en la represión penal de la disidencia que este entendimiento del discurso del odio supone, LAURENZO COPELLO estima que "una versión omnicomprensiva que pretenda abarcar en el concepto de delitos de odio todo acto o manifestación pública de rechazo o animadversión hacia un grupo cualquiera de personas o incluso hacia instituciones fuertemente arraigadas en la estructura social (...) desdibuja totalmente el concepto y hace imposible dotarlo de algún fundamento razonable (...) de esta manera, los delitos de odio, pensados para proteger las libertades de colectivos a los que se priva de voz propia por su estigmatización social, se desnaturalizan por completo, convirtiéndose en un poderoso instrumento de represión del discurso político crítico con el poder".[190]

Así las cosas, del proceso presentado pueden extraerse una serie de conclusiones. En primer lugar, la pérdida de la noción de vulnerabilidad como concepto de referencia para la identificación de los colectivos protegidos supone, por un lado, una desnaturalización del tratamiento penal del discurso del odio por el art. 510 CP, por otro, cierta banalización de la situación de discriminación sufrida por estos colectivos, por conferirle la misma igualdad (formal) a todos los grupos que puedan formar parte de las categorías que integran los motivos discriminatorios. En segundo lugar, la expansión de la incriminación de conductas consideradas como discurso de odio por su crítica a los sentimientos morales mayoritarios supone una lesión innecesaria de la libertad de expresión, la cual también puede manifestarse de manera indirecta respecto del efecto desaliento producido en el derecho a la libre expresión de ideas, por la criminalización que esta configuración del discurso del odio supone respecto de las posiciones de disenso con el pensamiento político y cultural hegemónico.

---

[187] Véase, LAURENZO COPELLO, en PORTILLA CONTRERAS/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Un juez para la democracia*, 2019, p. 459.

[188] Véase, FUENTES OSORIO, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 149.

[189] Véase, FUENTES OSORIO, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, p. 150.

[190] Véase, LAURENZO COPELLO, en PORTILLA CONTRERAS/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Un juez para la democracia*, 2017, p. 456.

4.2. Sobre el efecto desaliento respecto del ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas: aplicación al art. 510 CP

En relación con el efecto desaliento en el ejercicio de la libertad de expresión, puede partirse de la imposibilidad de que el Estado, como garante del fomento de los derechos y libertades públicas, desarrolle procesos de *sobrecriminalización* a partir de una aplicación extensiva de la regulación legal, o como consecuencia de la redacción vaga de sus términos, pueda disuadir o desalentar el ejercicio de un derecho fundamental,[191] como lo es el derecho a la libre expresión de ideas.[192]

Así, puede remarcarse la función institucional desarrollada por la libertad de expresión en un Estado democrático, en tanto que no puede ser solo entendida como un derecho subjetivo, sino que debe contribuir a la formación de una opinión pública libre. Como recuerda la reciente STC 35/2020, de 25 de febrero de 2020,[193] (MP: Juan Antonio Xiol Ríos), relativa al caso del cantante Cesar Strawberry:[194] "la libertad de expresión representa una posición de garantía para la formación y existencia de una opinión pública libre y democrática". En este sentido, destaca la resolución "la necesidad de que dicha libertad goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones, que ha de ser lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura" (FJ 4º).

De este modo, el efecto desaliento podría identificarse como una vulneración de la obligación positiva recogida en el art. 9.2 CE, puesto que, si corresponde a los poderes públicos remover aquellos obstáculos que impidan o dificulten a la ciudadanía el ejercicio de los derechos fundamentales, la posibilidad de desincentivar mediante la legislación penal el ejercicio de estos derechos sería contrario al art. 9.2 CE.[195] En consecuencia, el efecto desaliento representa un *test de constitucionalidad* respecto de las normas penales que puedan incidir en el ejercicio de los derechos fundamentales, proyectándose principalmente respecto de la proporcionalidad de la disposición normativa, pero también en relación con la tipicidad como manifestación del principio de legalidad penal.[196]

---

[191] Véase, ALCÁCER GUIRAO, *RECPC*, 2012, p. 18.

[192] Si bien la libertad de expresión resulta un ámbito especialmente fecundo para la detección del efecto desaliento, éste puede predicarse sobre otros derechos fundamentos. Así, COLOMER BEA, *CEFD*, 2019, pp. 106 ss., identifica esta posibilidad en relación con el derecho de reunión y manifestación, a partir de la interpretación del término "tumultuariamente" por el art. 544 CP, relativo al delito de sedición. De igual modo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *RJUAM*, 2017-II, p. 126, sobre cuestiones relativas a la libertad sindical.

[193] Esta resolución hace referencia a lo previamente dispuesto por las SSTC nº 112/2016, de 20 de junio (MP: Juan Antonio Xiol Ríos) y nº 177/2015, de 22 de julio (MP: Juan Antonio Xiol Ríos)

[194] Véase, sobre el recorrido judicial del caso, así como el análisis de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional, CORRECHER MIRA, *Diario La Ley*, 2020.

[195] Véase, COLOMER BEA, *CEFD*, 2019, p. 102.

[196] Si bien existen en la doctrina propuestas que entienden el efecto desaliento como un problema relacionado exclusivamente con el principio de legalidad, se sigue en este trabajo la postura de CUERDA ARNAU, quien, reconociendo la incidencia del efecto desaliento respecto de los procesos de tipificación, así como en relación con la aplicación de los tipos penales por los tribunales, parte de la proporcionalidad para desarrollar lo que denomina como *función dogmática del efecto de desaliento*, tomando como referencia el ejercicio de la libertad de expresión. Véase, CUERDA ARNAU, *RGDP*, 2007, *passim*.

Por lo que respecta a la vinculación del efecto desaliento con el principio de proporcionalidad, esta posibilidad es incorporada efectivamente[197] a la doctrina constitucional por la STC 136/1999, de 20 de julio (MP: Carles Viver Pi-Sunyer). En esta resolución, el Tribunal Constitucional integra el efecto desaliento en lo que podría considerarse como estructura argumental del principio de proporcionalidad,[198] a partir de las consecuencias que una sanción desproporcionada respecto de una conducta limítrofe con el ejercicio de un derecho fundamental -en este caso, el derecho a la libertad de expresión- puede generar, considerando especialmente el efecto disuasorio provocado.[199]

> Así, la STC 136/1999 (FJ 20) dispone que "el hecho de que se expresen ideas, se comunique información o se participe en una campaña electoral de forma ilícita y, por consiguiente, sin la protección de los respectivos derechos constitucionales, no significa que quienes realizan esas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y participando en los asuntos públicos. Precisamente por ello, **una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos** ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada".[200] Sobre esta función disuasoria, LASCURAÍN SÁNCHEZ considera que "la dureza de la pena y su incertidumbre lo que conseguirán es el desproporcionado e inconstitucional efecto de disuadir del ejercicio de los derechos fundamentales".[201]

Así las cosas, la doctrina del efecto desaliento proscribe la sanción desproporcionada cuando la conducta enjuiciada se encuentre en los límites del ámbito protegido por el ejercicio de los derechos fundamentales. Esta afirmación implica que tanto legislador como órganos jurisdiccionales perfilen de forma clara la "frontera que separa lo lícito de lo ilícito", especialmente difusa en el ámbito del derecho a la libre expresión de ideas.[202] En este sentido, plantearía ciertas dudas someter la regulación del art. 510 CP en relación con el *test de proporcionalidad* que representa el efecto desaliento. Sin entrar en aspectos relacionados con el tenor literal del precepto, la reforma operada por la LO 1/2015 ha introducido una serie de modificaciones en el tratamiento penal del discurso del odio donde la agravación de la pena parecer ser la norma. De entrada, la pena prevista para el tipo básico del art. 510.1 CP ha aumentado su límite máximo, el cual ha pasado a ser de 4 años, cuando en la regulación previa la pena prevista alcanzaba un máximo de 3 años. De igual modo, destaca la agravación contenida en el art. 510.3 CP, pues, como se ha analizado previamente,[203] el hecho de castigar con la mitad superior la expresión de opiniones realizada a través redes sociales, forma de

---

[197] Se hace referencia a su incorporación efectiva por la importancia de esta resolución, si bien en pronunciamientos constitucionales previos se había hecho mención al efecto desaliento. Véase, SSTC nº 37/1998, de 17 de febrero (MP: Carles Viver Pi-Sunyer); nº 190/1996, de 25 de noviembre (MP: Carles Viver Pi-Sunyer); nº 159/1986, de 16 de diciembre (MP: Gloria Begué Cantón).

[198] Véase, CUERDA ARNAU, *RGDP*, 2007, p. 18.

[199] Véase, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, pp. 62-63.

[200] Negrita añadida.

[201] Véase, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *RJUAM*, 2017-II, p. 127.

[202] Véase, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *RJUAM*, 2017-II, p. 127.

[203] Véase, *supra* 3.3. b).

comunicación dominante en la actualidad, supone una agravación innecesaria considerando las tendencias comunicativas, pero también la posibilidad de que la aplicación de la pena en su mitad superior pueda suponer la entrada en prisión de personas sin antecedentes penales. Esta desproporción en la sanción penal experimenta una agravación todavía mayor en el apartado 4 del art. 510 CP, cuando dispone la posibilidad de aplicar la pena superior en un grado en supuestos donde la expresión de opiniones pueda, entre otras cuestiones, atentar contra la "paz pública". Con todo, el rigor punitivo de la reforma muestra la desproporción con que afronta el legislador el tratamiento penal del discurso del odio, cuestión que permite afirmar la extensión del efecto intimidatorio del castigo a conductas que, en función del supuesto, pueden quedar amparadas por el derecho a la libre expresión de ideas.[204]

El efecto desaliento también puede predicarse en relación con la tipicidad como manifestación del principio de legalidad penal. Como es sabido, el mandato de determinación impone la redacción de los tipos penales en unos términos que permitan la existencia de un "espacio de predeterminación normativa"[205] para la ciudadanía, esto es, que pueda preverse de forma cierta las consecuencias jurídicas derivadas de la conducta. Sobre esta cuestión, la función disuasoria del *chilling effect* puede verse reflejada en la redacción de tipos penales donde se utilicen cláusulas generales de contenido vago.[206] En este sentido, del análisis realizado sobre la regulación del delito de incitación al odio posterior a la LO 1/2015[207] pueden extraerse algunas conclusiones relativas a la vaguedad de las conductas típicas,[208] cuestión que puede resultar desalentadora para el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas. Así, piénsese en la referencia expresa a la "incitación indirecta" recogida en el art. 510.1 CP, o a la inclusión de la "hostilidad" como uno de los *estados* a los que puede ir dirigida la conducta incitadora, acompañando a los originarios, *ex* LO 10/1995, "odio", "discriminación" y "violencia". De igual modo, en el art. 510.2 CP, el castigo de la "posesión de material" que por su contenido sea idóneo para la realización de la incitación recogida en el apartado 1º. Otro ejemplo podría reconocerse en la modalidad agravada del art. 510.4 CP, donde se castiga la conducta del art. 510.1 con la pena superior en grado cuando la incitación pueda suponer la alteración de la "paz

---

[204] Como sostiene CUERDA ARNAU, "conviene subrayar que la apelación al efecto de desaliento no persigue -sería absurdo- privar a las normas penales de su eficacia intimidatoria. Lo que prohíbe es que dicha eficacia intimidatoria se extienda a conductas que son limítrofes con el legítimo ejercicio de la libertad de expresión o que sancione éstas con desproporción manifiesta". Véase, *RGDP*, 2007, p. 22

[205] Expresión utilizada por la STC 42/1987, de 7 de abril, (MP: Angel Latorre Segura), FJ 2º, cuando hace referencia a la "imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes". Asimismo, véase, STC 61/1990, de 29 de marzo, (MP: Carlos de la Vega Benayas) FJ 4º, donde se reconoce la "especial trascendencia del principio de seguridad jurídica (...) supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex praevia*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuando a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción".

[206] Sobre esta técnica legislativa, y la problemática que plantean en relación con el principio de legalidad penal, vid. *supra* n. 105.

[207] Véase, *supra* 3.3.b).

[208] En relación con la indeterminación con que se formula la nueva regulación del art. 510 CP, LASCURAÍN SÁNCHEZ utiliza el término "legislación líquida", para poner de manifiesto su vaguedad. Cfr. «Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor», *RJUAM*, 2017-II, p. 127.

pública", la "creación de un grave sentimiento de inseguridad" o la sensación de "temor entre los integrantes del grupo". En este sentido, lo que puede concluirse respecto de esta enumeración es la existencia de una mejorable técnica legislativa respecto del delito contenido en el art. 510 CP, siendo la vaguedad de los términos utilizados, o su carácter extensivo, posibles vías para limitar de forma indirecta el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas mediante el efecto desaliento.

Asimismo, la incidencia del principio de legalidad penal respecto de esta función disuasoria también se manifiesta en la aplicación de los tipos penales por los tribunales. Sobre esta cuestión, la falta de seguridad jurídica derivada del tenor literal de los tipos se ve reforzada por la desnaturalización expuesta respecto del discurso del odio, derivada de la pérdida de importancia de la noción de vulnerabilidad para identificar a los colectivos protegidos por el tipo. En consecuencia, la posibilidad de aplicar de forma extensiva el precepto por los tribunales, pudiendo considerarse incitación directa o indirecta cualquier afección a los sentimientos de un grupo, con la consiguiente subjetivación del discurso del odio, también puede producir un efecto desaliento respecto del ejercicio de la libertad de expresión, debido, en este caso, a la aplicación desnaturalizada de este precepto por los tribunales. En el siguiente y último apartado de este trabajo se mostrarán una serie de ejemplos, judicializados o en proceso de serlo, donde puede observarse este carácter expansivo en relación con el tratamiento judicial del discurso del odio. El elemento común de estos supuestos se encuentra en la discusión sobre el sujeto pasivo, y la dificultad de apreciar en los grupos objeto de protección el rasgo de vulnerabilidad al que se hace referencia en este trabajo.[209]

4.3. Supuestos paradigmáticos de banalización del discurso del odio

a. Odio nacional, étnico e ideológico: sobre los casos Germanwings y el movimiento Boicot, Desinversiones y Sanciones (BDS)

En este primer apartado se expondrán dos casos judicializados, donde los motivos que incitan el supuesto discurso del odio no son del todo nítidos, pues en la expresión de opiniones se entrecruzan de forma transversal cuestiones ideológicas, étnicas y/o nacionales, siendo en todo caso complicado determinar la existencia de un grupo vulnerable como destinatario de los mensajes de odio.

En primer lugar, se hará referencia a la condena, dictada por acuerdo de conformidad, contenida en la Sentencia 25/2017, de 15 de marzo, del Juzgado de Instrucción nº 8 de Cerdanyola del Vallés (Barcelona). Los hechos parten del accidente sufrido por un vuelo de la compañía *Germanwings* en su trayecto de Barcelona a Düsseldorf, en el que murieron los 144

[209] En todo caso, debe remarcarse que esta enumeración no tiene una vocación exhaustiva, sino que pretende servir como muestra de la tendencia expansiva a la que se ha hecho referencia, siendo necesario un espacio temporal más amplio para poder apreciar el carácter permanente de esta línea político-criminal. De igual modo, se ha prescindido de otros tipos penales, por ejemplo, del delito de enaltecimiento del terrorismo recogido en el art. 578 CP, dado que el análisis de la voluminosa jurisprudencia sobre esta modalidad delictiva habría requerido de un estudio previo del tipo que habría superado las limitaciones formales de este trabajo.

pasajeros a bordo, además de miembros de la tripulación y dos pilotos. Entre los pasajeros se contaban muchas personas catalanas, siendo esta cuestión puesta de manifiesto en el mensaje escrito en Twitter por el condenado quién, reaccionando al accidente, afirmaba: "Poca mierda veo en Twitter para haberse estrellado un avión lleno de catalanes". Así, la sentencia dictada por acuerdo de conformidad establece una condena por el art. 510 CP, en la versión previa a la LO 1/2015, de 8 meses de prisión, sustituible por un curso de formación en Derechos Humanos. Por lo que interesa a este estudio, la resolución judicial no realiza argumentación jurídica alguna para justificar la aplicación del art. 510 CP, por lo que resulta dudoso discernir si la aplicación del tipo se encuentra fundamentada en un móvil ideológico, la catalanidad como una opción ideológica *per se*, o cuestiones ligadas a motivos identitarios propios de la cultura o lengua catalana. En todo caso, sea una u otra posibilidad, resulta discutible la aplicación del art. 510 CP en este supuesto, pues no podría estimarse que la mera pertenencia a Cataluña suponga asumir de manera inherente una posición de vulnerabilidad, de la misma manera que resulta controvertido considerar que dicha pertenencia a un territorio pueda ser considerado, como tal, un móvil ideológico. Asimismo, sería necesario considerar el contexto de uso de redes sociales en que se produce el comentario, sobre todo atendiendo a la poca capacidad de influencia, derivada de la escasa visibilidad del condenado en redes, cuestión que permite apreciar la inexistencia de un verdadero potencial lesivo en sus mensajes. En consecuencia, resulta discutible la viabilidad de la condena, más considerando que resulta incluso complicado apreciar en los comentarios una incitación siquiera indirecta al odio.[210]

Pasando al segundo supuesto, éste se detiene en los hechos acaecidos en julio de 2015 a raíz de la campaña de protesta organizada por el grupo local de València del movimiento Boicot, Desinversiones y Sanciones (BDS), con motivo de la actuación del cantante judío Matisyahu en el festival de reggae Rototom Sunsplash, celebrado en Benicàssim. El BDS es un movimiento internacionalista creado en 2005 con la finalidad de apoyar la defensa de los Derechos Humanos del pueblo palestino, mediante la organización de movilizaciones de tipo pacífico, entre las que se cuenta el boicot, contra intereses del Estado israelí.[211] Por lo que respecta a Matisyahu, se trata de un cantante hebreo, defensor público de la intervención armada israelí en Palestina, así como de la extensión de los territorios ocupados. Ante la actuación del artista en el festival, el grupo local del BDS en la ciudad de València organizó en los días precedentes al concierto una serie de acciones de protesta, las cuales se encontraban dirigidas a conseguir la cancelación por parte del Rototom Sunsplash de la actuación de Matisyahu en dicho festival. Esta disputa provocó, además de una acalorada batalla cultural en redes, la protesta de colectivos de diversa índole y otros artistas programados por el festival, cuestión que no fue óbice para que Matisyahu actuara finalmente en el festival.

Los hechos descritos supusieron la presentación de una querella por el Comité Legal contra el Antisemitismo y la Discriminación, admitida a trámite por el Juzgado de Instrucción nº 19 de València, donde se acusaba a ocho militantes del BDS de un delito de incitación al odio, así como de un delito de coacciones, sin que pueda todavía hablarse de la apertura de juicio oral en estos momentos. En relación con la acusación mantenida por el art. 510 CP, cabe reseñar que

[210] En relación con este caso, véase el análisis realizado por LANDA GOROSTIZA, en aplicación del test de relevancia de Rabat (Recomendación de Política General nº 15, ECRI), cfr. *Los delitos de odio*, 2018, pp. 114-116.

[211] Véase, https://bdsmovement.net/what-is-bds (última consulta 27.08.2020).

los miembros del BDS efectivamente llevaron a cabo acciones de protesta contra la actuación de Matisyahu, pero que en éstas en ningún momento se llamó a la realización de actos violentos. De igual modo, la protesta no se encontraba determinada por la identidad judía del cantante, sino por su identificación con el pensamiento sionista, tendente a justificar los actos armados del ejército israelí en la franja de Gaza. En este punto, cabría dudar de que, en los términos en que se produce esta protesta, pudiera hablarse de un caso de discurso del odio. Esto sería así, no sólo por la posibilidad de observar un ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión de ideas, con la consiguiente criminalización de la protesta que supone, sino que difícilmente podría apreciarse que los actos del BDS pudieran incardinarse en un supuesto de incitación al odio contra un colectivo vulnerable. Como se ha expuesto, no se trata de una difusión de mensajes contrarios al judaísmo considerado en su conjunto, sino contra determinadas actuaciones llevadas a cabo por el gobierno israelí, que son a las que Matisyahu supuestamente ofrecía cobertura con sus declaraciones. En este caso, y sin entrar en el propio conflicto dentro del ejercicio de la libertad de expresión que supone el boicot organizado por el BDS respecto de la actuación de Matisyahu, no cabría apreciar discurso del odio, sino ejercicio legitimo del derecho a la libre expresión de ideas.

> En estos mismos términos se ha manifestado recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Baldassi y otros c. Francia*[212], respecto de un supuesto de activistas del BDS organizadores de un boicot contra un supermercado con el objetivo de retirar la venta de productos israelíes. En este caso concreto, estima el TEDH la vulneración del art. 10 del Convenio, apreciando que la medida restrictiva de la libertad de expresión en que consistía la condena por los tribunales franceses no era necesaria en una sociedad democrática,[213] incidiendo para realizar esta apreciación en la inexistencia dentro del boicot de cualquier llamada al odio o la violencia contra la identidad judía.[214] Asimismo, también puede traerse a colación el sobreseimiento y archivo por parte de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Cádiz (27 de mayo de 2020), de la causa por delito de incitación al odio contra el BDS y el Ayuntamiento de Cádiz, por la cancelación del ciclo de cine israelí organizado en el municipio. El motivo esgrimido para la cancelación fue la firma por parte del consistorio del acuerdo de adhesión a la campaña "Espacio libre de Apartheid-israelí", razón por la cual la asociación "Acción y Comunicación sobre Oriente Medio" presentó la pertinente querella por discurso del odio.

b. Protección institucional: ¿los cuerpos policiales como colectivo vulnerable?

Una de las manifestaciones más notorias de la pérdida de la noción de vulnerabilidad como criterio orientador del objeto de tutela propio del art. 510 CP son los supuestos donde este precepto se utiliza para sancionar la expresión de ideas que pueda ser considerada como discurso del odio contra grupos revestidos de autoridad, lo que tiende a denominarse como protección institucional.[215] Esta posibilidad, además de ser obviamente contradictoria con la aplicación restrictiva del discurso del odio para proteger a colectivos históricamente desfavorecidos o en situación de vulnerabilidad, entraña también riesgos en relación con la

[212] STEDH *Baldassi y otros c. Francia*, de 11 de junio de 2020.

[213] STEDH *Baldassi y otros c. Francia*, de 11 de junio de 2020, para. 77.

[214] STEDH *Baldassi y otros c. Francia*, de 11 de junio de 2020, para. 71.

[215] Véase, por todos, LANDA GOROSTIZA, *Los delitos de odio,* pp. 100-103; ANDEREZ BELATEGI, «La protección institucional a través del discurso de odio: Problemática general con especial referencia al caso Savva Terentyev c. Rusia», en ALONSO RIMO (dir.), *Derecho penal preventivo*, 2019, p. 511 ss.

posible criminalización de la protesta que supondría catalogar como discurso del odio la manifestación de opiniones encaminadas a mostrar una posición de disenso con las autoridades públicas, o que pudiera denunciar los excesos de éstas.

En este sentido, la posibilidad de considerar a los cuerpos policiales como colectivos protegidos por el art. 510 CP se ha puesto de manifiesto en relación con las investigaciones iniciadas a instancias de la Fiscalía General del Estado respecto de las protestas convocadas por entidades independentistas y políticos catalanes en los hoteles donde se encontraban alojados miembros de la policía nacional o la guardia civil, como parte del dispositivo extraordinario previsto por el Ministerio del Interior los días previos y posteriores a la celebración del referéndum del 1 de octubre en Cataluña. En relación con estos hechos, podría hacerse mención del Auto nº 72, 28 de junio de 2018, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC), respecto de la querella interpuesta por el Ministerio Fiscal contra un político catalán que había publicado una serie de tuits el día 3 de octubre, con la finalidad de convocar protestas frente a dichos hoteles.

Sobre esta cuestión, el TSJC estima pertinente el archivo de la causa promovida por Fiscalía, considerando, por una parte, la inadecuación de la referencia al móvil ideológico que esgrime el Ministerio Fiscal como motivo para la aplicación del art. 510 CP. Esto es así, en tanto que dicha protesta se encuentra dirigida de manera colectiva contra la policía nacional y la guardia civil, sin que pueda afirmarse que estos grupos ostenten una posición ideológica concreta, dado que su carácter institucional lo impide. Por otra, el TSJC incide en la idea sostenida en este trabajo, referida a la necesaria observancia de la vulnerabilidad del grupo, al afirmar cómo "no cualquier colectivo o grupo social de personas puede ser víctima del art. 510 CP, que por su propia definición típica solo puede referirse a aquellos que puedan considerarse vulnerables y se identifiquen como tales por razón de alguna condición personal o social".[216]

> Otro supuesto al que se puede hacer una breve referencia es la imputación de tres humoristas de la televisión pública catalana por sus comentarios donde comparaban a los Mossos d'Esquadra con perros.[217] En relación con este caso, competencia del Juzgado de Instrucción nº 7 de Sant Feliu de Llobregat (Barcelona), resulta pertinente considerar que la acusación no se encuentra fundamentada en el art. 510 CP, sino que el Ministerio Fiscal interpuso una denuncia por un delito contra las Instituciones del Estado, concretamente el delito de injurias contra las fuerzas de seguridad recogido en el art. 504.2 CP.[218]

En relación con la posibilidad de considerar como discurso del odio la expresión de opiniones contrarias a un cuerpo policial, resulta pertinente hacer referencia a lo dispuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Savva Terentyev c. Rusia*.[219] En este caso, el demandante publicó en un blog unos comentarios donde comparaba a los policías con cerdos,

---

[216] Auto nº 72, 28 de junio de 2018, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC), diligencias indeterminadas (4/2018).

[217] Véase, https://www.lavanguardia.com/politica/20200303/473955768074/tv3-toni-soler-imputado-gag-mossos-perros-esta-passant.html (última consulta 28.08.2020).

[218] Art. 504.2 CP: "Los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, serán castigados con la pena de multa de doce a dieciocho meses".

[219] STEDH *Savva Terentyev c. Rusia*, de 4 de febrero de 2019. Sobre este caso, ampliamente, ANDEREZ BELATEGI en ALONSO RIMO (dir.), *Derecho penal preventivo*, 2019, pp. 520 ss.

además de sugerir la posibilidad de quemarlos en un horno "como en Auschwitz". Estos comentarios fueron motivo de una condena en Rusia, alegando Terentyev ante el TEDH la vulneración del art. 10 CEDH, relativo a la libertad de expresión. En su análisis de los hechos, el Tribunal considera, a partir de la utilización del *test de proporcionalidad* expuesto previamente,[220] que la restricción de libertad en que consistía la condena no era necesaria en una sociedad democrática, de forma que no se veía colmado el tercer elemento del referido test. Sobre esta cuestión, entiende el Tribunal de Estrasburgo que la inexistencia por parte del demandante de un ataque personal a un miembro de la policía individualmente considerado, sino a la institución en sí, justifica el amparo de los comentarios en relación con la libertad de expresión. Este argumento es acompañado por la consideración de que la institucionalidad de estos cuerpos requiere de una mayor tolerancia por su parte respecto de las críticas expresadas por la ciudadanía,[221] del mismo modo que sólo ante la existencia de un riesgo real para la integridad física de los agentes cabría considerar la punición del discurso ofensivo.[222] Finalmente, la STEDH *Savva Terentyev c. Rusia* considera que los cuerpos policiales no presentan el requisito de vulnerabilidad inherente para la apreciación del castigo del discurso del odio, ofreciendo de igual modo una definición de lo que puede considerarse como colectivo vulnerable:[223]

> "El Tribunal considera que la policía, una fuerza pública encargada de garantizar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico, difícilmente puede ser descrita como **un grupo o minoría desprotegida con un historial de opresión o desigualdad, o que se enfrente a prejuicios estructurales, a la hostilidad o la discriminación, o que sea vulnerable por cualquier otra razón, y que requiera, como consecuencia, una protección reforzada** respecto de los ataques cometidos mediante insultos, injurias o bromas".[224]

c. COVID-19

Como cierre de esta enumeración, las circunstancias presentes obligan a hacer referencia a una serie de supuestos de muy diversa índole, sucedidos durante la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Esta aproximación será superficial, pues en el mejor de los casos sólo consta el archivo de la causa, la voluntad de la Fiscalía de llevar a cabo la apertura de diligencias de investigación o noticias aparecidas en medios de comunicación. No obstante, pese a encontrarse en un prematuro proceso de judicialización, se ha considerado pertinente incluir una mínima mención, con el fin de ejemplificar la banalización del discurso del odio a la que se ha hecho referencia en este trabajo. En efecto, el cambio del objeto de protección de los colectivos vulnerable a los sentimientos mayoritarios se aprecia en estos casos, quedando patente la instrumentalización del discurso del odio por medios e instituciones como herramienta para proteger o reforzar lo que podría considerarse como la moral pública, o el sentimiento de pertenencia a la comunidad, durante los momentos más duros de la crisis multinivel vivida estos meses.

---

[220] Véase, *supra* 3.2. a).

[221] STEDH *Savva Terentyev c. Rusia*, de 4 de febrero de 2019, para. 75.

[222] STEDH *Savva Terentyev c. Rusia*, de 4 de febrero de 2019, para. 77.

[223] STEDH *Savva Terentyev c. Rusia*, de 4 de febrero de 2019, para. 76.

[224] Negrita añadida para remarcar la definición de colectivo vulnerable.

Dentro de este grupo de casos, podría hacerse referencia al supuesto de la difusión de un vídeo en YouTube por parte de un hombre de 61 años que aseguraba ser de Madrid, estar infectado por la COVID-19 y afirmaba haber viajado con otros miles de personas más a Torrevieja para pasar las semanas de confinamiento y contagiar a los vecinos de la localidad. En él, además de decir que había "arrasado" los productos de un supermercado, termina la grabación dedicando insultos contra la población de Torrevieja, tales como "que les den por culo" y "que se jodan". El vídeo tardó poco tiempo en viralizarse, motivo por el cual se procedió a la detención de su autor, haciendo constar la Guardia Civil en sus RRSS que realmente se trataba de un residente de Torrevieja.[225]

A la detención practicada por parte de la Guardia Civil le siguen la apertura de diligencias previas por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Torrevieja, a partir del atestado realizado por ésta,[226] donde se le acusa de un delito de incitación al odio del art. 510 CP. En el Auto de diligencias previas, se considera que el autor del vídeo "incita claramente al odio hacia la población de Torrevieja al desearles en reiteradas ocasiones que *se jodan* o que *les den por culo* deseando que se produzca un contagio masivo de la enfermedad". En relación con esta afirmación, resulta del todo discutible que la referencia al municipio de Torrevieja en sí mismo considerado, o a los torrevejenses en su conjunto, pueda enmarcarse en cualquiera de los supuestos contenidos en el art. 510 CP. De igual modo, no existe justificación alguna para que puedan considerarse como un colectivo vulnerable en los términos descritos en este trabajo. No obstante, más que en relación con estas cuestiones, la razón que dio lugar a la apertura de las diligencias preliminares parece guardar relación con la alteración de la paz pública que conllevó la publicación del vídeo, pues, como afirma el Auto, su viralización "ha generado suficiente alteración motivando decenas de llamadas de ciudadanos al puesto de la guardia civil demandando algún tipo de actuación, por la situación de inseguridad creada, a la vista del absoluto menosprecio mostrado no sólo hacía la población de Torrevieja en sí, sino a las personas enfermas de covid-19 o familiares, o incluso familiares de fallecidos por el virus letal". Como puede apreciarse, esta última aseveración entronca con la crítica mantenida en este trabajo, donde se hace constar el cambio de paradigma en el tratamiento penal del discurso del odio, pasando de la protección de los colectivos vulnerables a los sentimientos mayoritarios, siendo en este caso la aplicación del art. 510 CP una forma de promover el respeto hacia las víctimas de la enfermedad, en un momento especialmente grave en la contención de la crisis sanitaria. El supuesto de hecho presentado, tal y como podía preverse a partir de la inconsistencia de lo dispuesto en el Auto, ha sido finalmente archivado.

> Otro grupo de casos derivados de la crisis sanitaria donde resulta discutible la aplicación del art. 510 CP son aquéllos donde distintos colectivos sanitarios que han estado especialmente en contacto con grupos de riesgo a lo largo de la crisis han sufrido mensajes por parte de personas del mismo vecindario señalándoles como foco de contagio. Lo mismo podría decirse respecto de otros colectivos laborales que no han cesado su actividad durante la cuarentena, como lo serían las personas empleadas en supermercados. En estos casos, pese a que el insulto o los acosos a los que

[225]Véase,https://twitter.com/guardiacivil/status/1248270667818119170?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1248270667818119170%7Ctwgr%5Eshare_3&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.elconfidencial.com%2Fespana%2F2020-08-25%2Fdelito-odio-aseguro-torrevieja-expandir-coronavirus_2724695%2F (última consulta, 26.08.2020).

[226] Auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Torrevieja (Diligencias Previas nº 551/2020).

> se han visto sometidos estos grupos resultan del todo deleznables, tampoco cabría considerarles como colectivos vulnerables en los términos en que se ha expuesto respecto del discurso del odio,[227] pese a que pueda existir cierta indefensión derivada de su exposición en los momentos más complicados del confinamiento, aspecto que no colmaría el significado normativo de la vulnerabilidad requerido por el tipo.

De igual modo, tampoco resultaría acertado considerar como una conducta incardinada en el art. 510 CP los hechos sucedidos el pasado 6 de julio en el metro de la ciudad de València, donde unos agentes de seguridad redujeron de forma desproporcionada a una persona de raza negra por no llevar correctamente la mascarilla, medida de seguridad preceptiva en el transporte público de la ciudad. Pese a la inmediata identificación de esta conducta por parte de los medios con la sugerente etiqueta de *delito de odio*, no cabría considerar que el comportamiento de los guardias de seguridad se ajustara al tenor literal del tipo, como sí parece apreciar indiciariamente en los medios de comunicación la Fiscalía delegada de delitos de odio en València.[228] Por mucho que en este supuesto pudiera estimarse que la conducta de los vigilantes de seguridad estuviera motivada por sesgos raciales, ello no podría conducir de forma automática a identificar la reducción del joven como una incitación al odio a todo un colectivo, pues dicho comportamiento no se ajustaría a los requisitos del tipo.

5. Consideraciones finales

El uso de la expresión *discurso del odio*, o *delito de odio* en una acepción más amplia, resulta un socorrido lugar común en los debates propios de la conversación pública de masas, especialmente en aquéllos supuestos significadamente conflictivos dentro de lo que se ha denominado *guerra cultural*. En este sentido, catalogar como discurso del odio cualquier expresión de opiniones que pueda mostrar una posición de disenso o crítica a lo que podría considerarse como pensamiento hegemónico o dominante representa una opción atractiva para deslegitimar o criminalizar una opinión determinada, con el riesgo que ello representa para el ejercicio de un derecho fundamental como es la libertad de expresión.

De igual modo, el uso extensivo de la locución discurso del odio representa una clara banalización de su significado. Resulta claro que la limitación al derecho a la libre expresión de ideas que representa el art. 510 CP debe ser la mínima posible para garantizar la participación efectiva de la ciudadanía en la vida social, razón por la cual catalogar una expresión como discurso del odio debe reservarse a los supuestos más graves de incitación al odio o la violencia contra colectivos desfavorecidos. Sólo en estos supuestos, en los que el potencial lesivo del mensaje podría desplegar su eficacia discriminatoria, tendría sentido la restricción de libertad que representa dicho precepto, precisamente para salvaguardar la integridad de los miembros de dicho grupo, así como para garantizar de forma efectiva su posición de igualdad material en el medio social. De este modo, no debe entenderse el principio de igualdad en unas coordenadas estrictamente formales, sino que la vertiente material descrita vendría a

---

[227] De la misma opinión, LLABRÉS FUSTER, en su contribución a la pieza informativa referenciada: https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20200416/aplausos-balcon-coacciones-portal-7930381 (última consulta 26.08.2020).

[228] Véase, https://www.eldiario.es/comunitat-valenciana/valencia/fiscalia-aprecia-delito-odio-actuacion-vigilantes-metro-valencia-redujeron-joven-negro_1_6109366.html (última consulta 26.08.2020).

promocionar la posición de desigualdad estructural ocupada por determinados colectivos, posición que se vería reforzada por la emisión de mensajes de odio contra estos grupos, los cuales afectarían tanto a la posición de sus miembros en la esfera pública, como a su propia seguridad si se comprobara el potencial lesivo del discurso del odio en el caso concreto.

Por ello, apartarse de la noción de vulnerabilidad y abrir la aplicación del art. 510 CP a cualquier grupo o colectivo que se identifique con los motivos discriminatorios descritos en el tipo, no sólo limita la libertad de expresión, sino que supone una desnaturalización del impacto antidiscriminatorio que se le presupone a este tipo penal. Obviamente, esto no obsta para considerar que se haría un flaco favor a estos colectivos si se considerara que sólo mediante el recurso al castigo penal se puede erradicar la discriminación en el medio social. Todo lo contrario, como se ha expuesto en estas líneas, la consideración del Derecho penal como *ultima ratio* impone que el Estado despliegue las políticas públicas necesarias para limitar la propia vulnerabilidad de estos grupos, reservándose la sanción penal que representa el art. 510 CP para los casos más extremos, para así garantizar la propia promoción de lo dispuesto por el art. 14 CE, pero también para salvaguardar el respeto a la libertad de expresión recogida en el art. 20 CE.

Asimismo, por lo que respecta a la posición del Estado en la gestión de los conflictos derivados del ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, resulta del todo incoherente la instrucción contenida en la Circular de la FGE, donde se considera que los grupos de ideología nazi, incluyendo aquí cualquier tipo de ideología fundada en la intolerancia y la negación de los valores democráticos, pueden ser considerados sujetos pasivos del art. 510 CP. El daño que produce esta Circular no se inserta sólo en la mera interpretación dogmática del tipo, sino que supone una afirmación dudosa desde la perspectiva de un Estado democrático respetuoso con los Derechos Humanos, esto es, la equiparación en el plano discursivo de la ideología nazi con cualquier otra opción política, del mismo modo que considera que una persona defensora de esta tendencia requiere de la misma protección que, por ejemplo, un migrante en situación irregular empleado en los invernaderos de la provincia de Almería. Esta posibilidad, además de ignorar lo dispuesto por los estándares internacionales en materia de interpretación del discurso del odio —la reciente jurisprudencia del TEDH es una buena muestra de ello— supone *de facto* una legitimación institucional del pensamiento intolerante. Con esto no quiere decirse que estos grupos no tengan derecho a expresar libremente sus opiniones en el marco de un Estado democrático, cuestión del todo saludable desde la perspectiva de la libertad de expresión, sino que lo que se discute es la protección institucional que la literalidad de la Circular ofrece a la ideología nazi pues, al considerarla objeto de protección, la equipara a cualquier otro motivo discriminatorio (raza, género, identidad sexual, etc.) recogido por el art. 510 CP. En su defensa extrema de la (in)tolerancia, la Circular viene a sesgar la posibilidad de, en el plano discursivo, mostrar el necesario rechazo que cualquier Estado democrático, también su ciudadanía, debería manifestar ante una posición ideológica que, precisamente, persigue la supresión de las políticas antidiscriminatorias que terminan dando abrigo a su intolerancia.

6. Bibliografía

ALASTUEY DOBÓN (2016), «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-14), pp. 1-38.

——— (2014), «La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones y críticas», *Diario La Ley*, (8245), pp. 1-22.

ALCÁCER GUIRAO (2019), «Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática», *Revista Crítica Penal y Poder*, (18), pp. 19 ss.

——— (2018), «Discurso intolerante y esfera pública», *Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*, (5-10), pp. 39 ss.

——— (2016), «Diversidad cultural, intolerancia y Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-11), pp. 1-55.

——— (2013) «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2013, pp. 309 ss.

——— (2012), «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (14-02), 2012, pp. 1-32.

ALONSO RIMO (2017), «¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación», *InDret*, (4), pp. 1-79.

ANDEREZ BELATEGUI (2019), «La protección institucional a través del discurso de odio: Problemática general con especial referencia al caso Savva Terentyev c. Rusia», en ALONSO RIMO (dir.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, pp. 511 ss.

AÑÓN ROIG (2001), «La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos», DE LUCAS (dir.), *La multiculturalidad, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, pp. 217 ss.

ARIAS CASTAÑO (2018), *Clear and Present Danger Test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons, Madrid.

ASHWORTH/EMMERSON (2012), *Human Rights and Criminal Justice*, 3ª ed., Sweet and Maxwell, Londres.

BATTISTA/SANDE (2019), *Critical Theory and the Humanities in the Age of the Alt-Right*, Palgrave Macmillan.

BERNAL DEL CASTILLO (1998), *La discriminación en el derecho penal*, Comares, Granada.

BLOCK (2019), *Post-Truth and Political Discourse*, Springer International Publishing, Cham.

BOLLINGER (1986), *The Tolerant Society. Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford University Press, New York.

BORJA JIMÉNEZ (1999), *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Comares, Granada.

BURGORGUE-LARSEN (2005), «La Corte Europea de los Derechos Humanos y el Derecho penal», *Anuario español de Derecho Internacional*, (21), pp. 317 ss.

BUSTOS GISBERT (2009), «Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática», en GARCÍA ROCA/SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, pp. 591 ss.

CANCIO MELIÁ (1997), «Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizados por la Constitución», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid. pp. 1279 ss.

CANCIO MELIÁ/DÍAZ (2019), *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código penal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.

CARBONELL MATEU (2018), «Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas más allá de la provocación y la injuria», en ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 331 ss.

CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN (1996), «Artículo 510», en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia.

CATALÀ I BAS/PEREZ I SEGUÍ (2007), «La negación del Holocausto. A propósito de la STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (10), pp. 181 ss.

CIGÜELA SOLA (2017), *Exclosos i transparentats. Del panòptic a la pantalla digital*, Alfons el Magnànim, Diputació de València.

CISNEROS ÁVILA (2018), *Derecho penal y diversidad cultural*, Tirant lo Blanch, Valencia.

COLOMER BEA (2019), «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (41), pp. 1-20.

CORRECHER MIRA, (2020), «¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo», *Diario La Ley*, (9600), Sección Doctrina, pp. 1-12.

——— (2019) «¿Los delitos de opinión como alteración del orden público? La sobrecriminalización de la libertad de expresión en pro de la seguridad», en ALONSO RIMO (dir.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, pp. 481 ss.

——— (2018), *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CUERDA ARNAU (2019), «Delitos contra la Constitución», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 739 ss.

——— (2007), «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *Revista General de Derecho Penal*, (8), pp. 1-43.

CUEVA FERNÁNDEZ (2015), «Deporte, lenguaje y violencia: el ejemplo de las competiciones futbolísticas», *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, (3-1), pp. 1 ss.

DELGADO/STEFANCIC (1997), *Must We Defend Nazis? Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment*, New York University Press, New York.

DÍAZ LÓPEZ (2013), *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del artículo 22. 4ª CP*, Civitas, Madrid.

DOMINGO PÉREZ (2017), «La lucha contra el discurso del odio desde el respeto a los derechos fundamentales», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometes delitos en 140 caracteres, Marcial Pons, Madrid*, pp. 275 ss.

——— (2003), «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado 'chilling effect' o 'efecto desaliento'», *Revista de Estudios Políticos*, (122), pp. 141 ss.

DOPICO GÓMEZ-ALLER (2018), «Desconciertos de Brandemburgo», *Juezas y Jueces para la Democracia. Boletín Libertad de Expresión*, pp. 15 ss.

DWORKIN (1996), *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Oxford.

DWORKIN/MCKINNON (1988), *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality*, Organizing Against Pornography, Minneapolis.

EMERSON (1970), *The system of Freedom of Expression*, Random House, New York.

——— (1966), *Toward a General Theory of the First Amendment*, Random House, New York.

FISS (2009), «Las dos caras del Estado», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (1) pp. 211 ss.

——— (1999), *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona.

——— (1996) «El efecto silenciador de la libertad de expresión», *Isonomía*, (4), pp. 17 ss.

FUENTES OSORIO (2017), «Concepto de odio y sus consecuencias penales», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Marcial Pons, Madrid, pp. 131 ss.

——— (2017), «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-27), pp. 1-52.

GARCÍA ROCA (2009), «Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia», en EL MISMO/SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, pp. 797 ss.

GARRO CARRERA (2018) «Los discursos del odio en el ordenamiento jurídico alemán: el laberinto dogmático del tipo de incitación a la población del § 130 StGB», en LANDA GOROSTIZA/LA MISMA (dir.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp.27 ss.

GARROCHO SALCEDO/PORTILLA CONTRERAS (2012), «Delitos de incitación al odio, hostilidad, la discriminación o la violencia», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 931 ss.

GASCÓN CUENCA (2016), *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.

——— (2015), «La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: la modificación del artículo 510 CP», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (32), 2015, pp. 1-21.

——— (2013), «La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (47), 2013, pp. 163 ss.

GERCHUNOFF (2019), *Ironía On. Una defensa de la conversación pública de masas*, Anagrama, Madrid.

GOAD (2017), *Manifiesto Redneck*, Dirty Works, Barcelona.

GÓMEZ MARTÍN (2019), *Delitos de discriminación y discurso de odio punible: nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Juruá, Porto.

——— (2018), «Odio en la red. Una revisión crítica de la reciente jurisprudencia sobre Ciberterrorismo y Ciberodio», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, (20), pp. 411 ss.

——— (2017), «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Marcial Pons, Madrid, pp. 177 ss.

——— (2012), «Discurso del odio y principio del hecho», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 89 ss.

——— (2012), «¿Promoción de la igualdad o protección de la seguridad? A propósito de los delitos de odio y la discriminación en el Código penal español», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 175 ss.

HABERMAS (1998), *Facticidad y validez*, Trotta.

——— (1981), *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid.

HAFFER (2019), *Data versus Democracy How Big Data Algorithms Shape Opinions and Alter the Course of History*, Apress, Berkeley.

HAN (2013), *La sociedad de la transparencia*, Herder, Barcelona.

HARCOURT (2015), *Exposed. Desire and disobedience in the digital age*, Harvard University Press, Cambridge.

HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK (2009), *Law of the European Convention on Human Rights*, 2ª ed., Oxford University Press.

HÖRNLE (2007), «La protección de sentimientos en el StGB», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, pp. 383 ss.

HUERTA TOCILDO (2009). «El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal», en GARCÍA ROCA/SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, pp. 511 ss.

IÑIGO CORROZA (2010), «Caso Librería Europa», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, pp. 613 ss.

JACOBS/WHITE/OVEY (2014), *The European Convention on Human Rights*, 6ª ed., Oxford University Press.

JAKOBS, (1997) «Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico» (traducción al castellano por Enrique Peñaranda Ramos), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, pp. 293 ss.

KALANTZIS-COPE (2018), *The Work and Play of the Mind in the Information Age*, Springer International Publishing, Nueva York.

LANDA GOROSTIZA (2018), *Los delitos de odio*, Tirant lo Blanch, Valencia.

——— (2012), «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP Y propuesta de lege lata (A la vez un comentario a la STS 259/2011 -librería Kalki- y a la STC 235/2007», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (7), pp. 297 ss.

——— (2004), «Racismo, xenofobia y Estado democrático», *Eguzkilore*, (18), pp. 59 ss.

——— (2001) *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal (A la vez una propuesta interpretativa de la normativa antidiscriminatoria del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente Jurisprudencia)*, Comares, Granada.

——— (1999), *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código penal*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1999

LASCURAÍN SÁNCHEZ (2017), «Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (36), pp. 119 ss.

——— (2015), «La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal», en EL MISMO/PÉREZ MANZANO (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad*, Marcial Pons, Madrid, pp. 119 ss.

——— (2012), «¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?», en GARCÍA GARCÍA/DOCAL GIL (eds.), *Grupos de odio y violencias sociales*, Rasche, Madrid, pp. 23 ss.

——— (2010), «La libertad de expresión tenía un precio (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)» *Revista Aranzadi Doctrinal*, (6), pp. 1-9

LAURENZO COPELLO (2019), «La manipulación de los delitos de odio», en PORTILLA CONTRERAS/VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (coord.), *Un juez para la democracia*, *LH Perfecto Andrés Ibáñez*, Dykinson, Madrid, pp. 453 ss.

——— (2018), «Un ejemplo de Derecho penal expansivo: los delitos de odio en la realidad judicial española», *Revista de Derecho Penal*, (26), 2018, pp. 243 ss.

——— (1996). «La discriminación en el Código penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos*, (19), pp. 219 ss.

LAZKANO BROTÓNS (2015), «Libertad de expresión», en LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, pp. 510 ss.

——— (2015), «Prohibición del abuso de derecho», en LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, pp. 825 ss.

LEEB (2019), «Laughing at the Other: Toward an Understanding of the Alt-Right with Adorno», en KHANDIZAJI (ed.), *Reading Adorno. The endless Road*, Springer International Publishing, Berlín.

LIJTMAER (2019), *Ofendiditos. Sobre la criminalización de la protesta*, Anagrama, Madrid.

LLABRÉS FUSTER (2015), «De los ultrajes a España», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal,* Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, pp. 381 ss.

MANES (2011), «Art. 7», en EL MISMO/ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamente penale italiano*, Giuffrè Editore, Milán.

MARX, Gary T. (2016), *Windows into the soul. Surveillance and society in an age of high technology*, University of Chicago Press, Chicago.

MCKINNON (1997), *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge.

MIRÓ LLINARES/GÓMEZ BELLVIS (2020), «Freedom of expression in social media and criminalization of hate speech in Spain: Evolution, impact and empirical analysis of normative compliance and self-censorship», *Spanish Journal of Legislative Studies*, (1), pp. 1-42.

———— (2017), «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en EL MISMO (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2017, Marcial Pons, Madrid, pp. 21 ss.

———— (2016), «Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet», *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 22, pp. 93 ss.

———— (2015), «La criminalización de conductas ofensivas. A propósito del debate anglosajón sobre los límites morales del Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, (17-23), pp. 1-65

NAGLE (2017), *Muerte a los normies. Las guerras culturales en internet que han dado lugar al ascenso de Trump y la Alt-Right*, Orciny Press, Tarragona.

NAUCKE (1973), *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga.

POPPER (2010), *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona.

PORTILLA CONTRERAS (2017), «El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Marcial Pons, Madrid, pp. 87 ss.

———— (2016), «La represión penal del discurso del odio», en ÁLVAREZ GARCÍA, (dir.) *Tratado de Derecho penal. Parte Especial. Delitos contra la Constitución*, t. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 379 ss.

PRESNO LINERA (2020), «Estado de alarma por Coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (número monográfico, "Coronavirus"), (86-87), pp. 54 ss.

PRESNO LINERA/TERUEL LOZANO (2017), *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruá, Curitiba.

RAMOS VÁZQUEZ (2009), «La declaración de inconstitucionalidad del delito de negacionismo (art. 607.2 del Código penal)», *Revista penal*, (23), pp. 120 ss.

RENDUELES (2017), «Introducción», en GRAMSCI, *Escritos (Antología)*, Alianza Editorial, Madrid.

——— (2013), *Sociofobia. El cambio político en la era de la utopía digital*, Capitán Swing, Madrid.

REVENGA SÁNCHEZ (2015), «Los discursos del odio y la democracia adjetivada: tolerante, intransigente, ¿militante?», en EL MISMO (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio, Universidad de Alcalá-Defensor del pueblo*, pp. 15 ss.

REY MARTÍNEZ (2015), «Discurso del odio y racismo líquido», en REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá-Defensor del pueblo, pp. 51 ss.

RÍOS CORBACHO (2014) «Incitación al odio, derecho penal y deporte», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, (16-15), pp. 1-27.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ (2017), «Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Marcial Pons, Madrid, pp. 155 ss.

——— (2014), «El ámbito de aplicación del actual art. 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015», *RDPC*, (12), pp. 165 ss.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2012), *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RODRÍGUEZ MONTSERRAT (2015), «La eficacia normativa de la ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte», *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, (3-2), pp. 45 ss.

RODRÍGUEZ YAGÜE (2010), «La política criminal europea contra la discriminación racial: ¿Es la Decisión Marco 2008/913/JAI un verdadero avance?», en NIETO MARTÍN (dir.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Thomson Reuters-Civitas, pp. 331 ss.

——— (2007), *La tutela penal del derecho a no ser discriminado: (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código penal)*, Bomarzo, Albacete.

ROIG TORRES (2015), «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1249 ss.

ROLLNERT LIERN (2008), «Revisionismo histórico y racismo en la jurisprudencia constitucional: los límites de la libertad de expresión (a propósito de la STC 235/2007)», *Revista de Derecho Político*, (73), pp. 103 ss.

SANDEL (1996), *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge.

SANTANA VEGA (2012), «Protección penal de la discriminación y la libertad de expresión: la difícil convergencia europea», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO, *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 121 ss.

SOTO IVARS (2017), *Arden las redes. La poscensura y el nuevo mundo virtual*, Debate, Madrid.

TAMARIT SUMALLA (2018), «Los delitos de odio en las redes sociales», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política,* (27), pp. 17-29

———— (2016), «Artículo 510», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, Vol. 2, Thomson-Aranzadi, Pamplona, pp. 1589 ss.

———— (1996), «Artículo 510», QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Aranzadi, Pamplona.

TERUEL LOZANO (2018), «Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (114), pp. 13 ss.

———— (2017), «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo», *ReDCE*, (27), 2017, pp. 1-26.

———— (2015), «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del código penal», *InDret*, (4), pp. 1-51.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA (2016), «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, (3), 2016, pp. 1-73.

VALLS PRIETO (2016), «Delitos contra la Constitución», en MORILLAS CUEVAS (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 861 ss.

VIVES ANTÓN (2019), *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia.

———— (2015) «Sobre la apología del terrorismo como discurso de odio», en REVENGA SÁNCHEZ (dir.), *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá-Defensor del pueblo, pp. 33 ss.

WALDRON (2014), *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Cambridge.

ZIZEK (2013), *Primero como tragedia, después como farsa*, AKAL, Madrid.

InDret
2.2021

La graduación de la intervención delictiva
Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho [Tatprägung]

Hernán Darío Orozco López
Universidad Externado de Colombia
-

Sumario
-
A pesar de la prolija discusión sobre la intervención delictiva en los últimos doscientos cincuenta años, este problema sigue abierto en la actualidad. Mientras que la posición aún mayoritaria considera que existe una diferencia cualitativa entre los (co-)autores y los partícipes (inductores y cómplices), desde hace un tiempo se empiezan a alzar voces en la doctrina que abogan por una distinción de carácter cuantitativo. Las siguientes reflexiones se mueven precisamente en esta última dirección y pretenden mostrar, mediante la construcción de la serie tipológica de la influencia sobre el hecho [Tatprägung], que es perfectamente posible desarrollar un modelo de la graduación (cuantitativa) de la intervención delictiva que, en virtud de su alto grado de precisión, esté en completa armonía con el mandato de certeza.

Abstract
-
Despite the rich discussions over the last two hundred and fifty years, the problem of participation remains open today. Although the dominant opinion is that there is a qualitative difference between perpetrators and accomplices, a rising group of scholars argues that this is actually a quantitative distinction. The following reflections stand for this latter point of view. Through the construction of the typological series of the influence on the fact [Tatprägung] I aim to demonstrate that it is perfectly possible to develop a model for the graduation of participation which is in complete harmony with the principle of legality (maximum certainty principle) due to its high level of precision.

Abstrakt
-
Trotz der reichen Diskussion der letzten 250 Jahre ist das Beteiligungsproblem noch heute offen. Zwar vertritt die herrschende Meinung das Vorliegen eines qualitativen Unterschieds zwischen Täterschaft und Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe). Jedoch wird seit einigen Jahren zunehmend vertreten, es handele sich dabei eigentlich um eine quantitative Unterscheidung. Die folgenden Überlegungen gehen gerade in letztere Richtung. Anhand der Entwicklung der Typusreihe der Tatprägung soll hier gezeigt werden, dass es möglich ist, ein Modell zur Abstufung der Beteiligung zu entwickeln, welches aufgrund seines hohen Präzisionsgrads mit dem Bestimmungsgebot durchaus kompatibel ist.
-

Title: *The graduation of participation. Outline of the typological model of the influence on the fact [Tatprägung]*

Titel: *Die Abstufung der Beteiligung – Grundzüge eines typologischen Modells der Tatprägung*

-

Palabras clave: Intervención Delictiva, Autoría, Participación, Conceptos Tipológicos, Influencia sobre el Hecho, Influencia sobre los Co-Intervinientes, Influencia sobre el Suceso Típico.

Keywords: *Participation, Perpetration, Complicity, Typological Series, Influence on the Fact, Influence on the Co-Actors, Influence on the Factual Event*

Stichworte: *Beteiligung, Täterschaft, Teilnahme, Typusbegriffe, Tatprägung, Prägung der Beteiligten, Prägung des tatbestandsmäßigen Geschehens*
-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i2.05
-

InDret

2.2021

Recepción
29/04/2020
-
Aceptación
13/01/2021
-

Índice

-

1. Introducción
2. ¿Distinción cualitativa entre la coautoría y las formas de participación?
2.1. ¿Solamente los coautores ostentan un dominio funcional del hecho?
2.2. ¿Accesoriedad exclusiva de la participación?
3. Líneas generales de un modelo de la graduación de la intervención delictiva
3.1. Hacia una distinción cuantitativa de los aportes
3.2. Marco metodológico
3.3. Sistema abierto de la graduación de la intervención delictiva
a. Dimensiones para la graduación de la intervención delictiva
b. La influencia sobre los co-intervinientes
c. La influencia sobre el suceso típico
d. Interconexión de las dimensiones en una serie tipológica
4. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

Si bien uno de los campos más discutidos del Derecho penal en general y en el que más teorías han brotado de la pluma de los penalistas es el de la intervención delictiva, hace ya algunas décadas que la teoría del dominio del hecho pudo asentarse en la doctrina alemana y penetrar parcialmente la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán, al tiempo que inició un proceso de expansión sobre todo en el mundo iberoamericano. En el último tiempo, sin embargo, se alzan cada vez más voces críticas que, en atención a los déficits de la teoría del dominio del hecho, promueven su reformulación o incluso su abandono en favor de otros modelos. Precisamente en esta última dirección se mueven las siguientes reflexiones, las cuales pretenden demostrar que es perfectamente posible realizar una distinción *cuantitativa* entre los aportes de los intervinientes en un mismo delito que, en contra de lo sostenido por los críticos de esta tesis, esté en armonía con el mandato de certeza. Para ello, a continuación, se expondrán las líneas generales de un modelo de la graduación de la intervención delictiva.

Debido a la complejidad y extensión del problema de la intervención delictiva, aquí solo será posible analizar una porción de este, en concreto, el ámbito de los denominados delitos de organización (de comisión dolosa),[1] el cual, no obstante, es el de mayor relevancia práctica. En relación con este tipo de delitos se mostrará, en primer lugar, que los dos argumentos principales de la concepción tradicional, el "dominio funcional del hecho" y la "accesoriedad de la participación", *no* están en capacidad de fundamentar una diferencia cualitativa de la coautoría frente a la inducción y la complicidad como las dos formas tradicionales de participación (2.1. y 2.2., respectivamente). Posteriormente, teniendo en cuenta que la inviabilidad de una distinción cualitativa no impide diferenciar de forma cuantitativa (3.1.), se expondrán las reglas para la construcción de conceptos y series tipológicas como el marco conceptual idóneo para aprehender diferencias cuantitativas como las que se presentan en el ámbito de la intervención delictiva (3.2.). A continuación se pondrán en práctica dichas reglas para la construcción de un sistema abierto de la graduación de la intervención delictiva (3.3.). Allí se destilarán las dimensiones relevantes para cuantificar los aportes de los intervinientes (a.), se fijarán los polos de dichas dimensiones (b./c.) y, finalmente, se interconectarán en la serie tipológica de la influencia sobre el hecho (d.). De esta manera quedará en evidencia que un modelo de la graduación (cuantitativa) de la intervención delictiva, desarrollado de manera metodológica y materialmente consistente, está en capacidad de garantizar una distinción

---

* El contenido general del siguiente texto –el cual corresponde en buena medida a la traducción de la última parte de mi tesis de doctorado dirigida por el profesor MICHAEL PAWLIK en la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten. Eine Untersuchung zur Begründung und Verteilung strafrechtlicher Verantwortlichkeit*, 2018, pp. 293 ss.), por lo que el marco de referencia es principalmente el derecho penal alemán– fue expuesto y discutido en sendos seminarios en la Universidad Externado de Colombia, la Universidad Pompeu Fabra y la Georg-August-Universität Göttingen en el segundo semestre del 2019. Estoy especialmente agradecido con los profesores YESID REYES, RICARDO ROBLES y KAI AMBOS por las generosas invitaciones a exponer en dichos seminarios, así como también con todos los participantes por las fructíferas discusiones y valiosas observaciones.

[1] Sobre la posibilidad de realizar una graduación de la intervención delictiva también en el ámbito de los delitos de omisión véase ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices: La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2006, pp. 55 ss.; EL MISMO, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret,* (2), 2012, pp. 8 ss. y respecto de los denominados delitos de infracción de deber, OROZCO LÓPEZ, «Jakobs' Theorie der Beteiligung», en KINDHÄUSER *et al*., (eds.), *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, 2019, pp. 605 ss.

precisa acorde con el mandato de certeza como emanación del principio de legalidad y, de manera consecuente, de aprehender adecuadamente las diferencias en los aportes de cada uno de los intervinientes, observando por lo tanto también los principios de culpabilidad y proporcionalidad (responsabilidad por y en la medida de los respectivos aportes al hecho común).

2. ¿Distinción cualitativa entre la coautoría y las formas de participación?

La concepción mayoritaria considera que entre la coautoría como manifestación del concepto general de autor y la inducción y la complicidad como formas de participación existe una diferencia de carácter *cualitativo*. Para fundamentarla se basa principalmente en dos razonamientos que representan las dos caras de una misma moneda: el llamado dominio funcional del hecho y la denominada accesoriedad de la participación. Un análisis intrasistemático demuestra, sin embargo, que de dichos criterios no es posible extraer una diferencia cualitativa entre coautoría y participación.

2.1. ¿Solamente los coautores ostentan un dominio funcional del hecho?

Si bien existen diversas teorías para explicar la figura de la coautoría, el criterio que se impone en la discusión actual es el dominio funcional del hecho.[2] Dicho criterio, fuera de su función fundamentadora, prestaría una distinción cualitativa entre la coautoría, por un lado, y la inducción y la complicidad, por el otro, puesto que en el primer caso los intervinientes dominarían conjuntamente todo el suceso, mientras que en el segundo cada sujeto dominaría única y exclusivamente su propio aporte.[3]

De acuerdo con ROXIN, su principal exponente, el dominio funcional del hecho consiste en que los coautores solamente pueden ejecutar el plan si actúan de manera conjunta, pero cualquiera de ellos puede echarlo a perder si revoca su contribución.[4] De esa conceptualización suelen derivarse dos componentes del dominio funcional del hecho, a saber, uno positivo y otro negativo.

En relación con el aspecto positivo KÜPER sostiene que la distribución de los roles para la realización del plan común implica una repartición del dominio, de tal manera que cada uno domina solamente el aporte que presta personalmente, mientras que los aportes de los demás caen de manera exclusiva dentro de sus respectivos ámbitos de dominio.[5] Dicho gráficamente,

---

[2] Una valoración crítica de otras teorías de la coautoría que pretenden fundamentar una distinción cualitativa respecto de las formas de participación puede verse en OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 187 ss., 214 ss.

[3] Ya en este sentido WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 161: «El inductor y el cómplice también tienen un cierto dominio del 'hecho', pero solamente uno sobre su propia intervención».

[4] Véase solamente ROXIN, *AT,* t. II, 2003, § 25 nm. 188.

[5] Así KÜPER, «Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten – Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Mittäterschaft», *JZ*, 1979, p. 786. En ese mismo sentido VALDÁGUA, «Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten», *ZStW,* (98), 1986, p. 862; INGELFINGER, «„Schein"-Mittäter und Versuchsbeginn», *JZ*, 1995, p. 709; LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 193, nota 2; LÜBBE, *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, 1998, p. 146 s.; FRISCH, «Täterschaft und Teilnahme», en

quien sujeta a la víctima para que otro pueda apuñalarla no domina por medio de ese aporte el suceso global, pues tiene que confiarle la tarea del apuñalamiento al otro, así como tampoco este domina totalmente el suceso, toda vez que depende de que aquel sujete a la víctima para poder apuñalarla. Así pues, desde la perspectiva del dominio positivo no es posible fundamentar una diferencia cualitativa entre la coautoría y las dos formas tradicionales de participación (la inducción y la complicidad), ya que en uno y otro caso rige exactamente lo mismo: cada interviniente domina su propio aporte, pero ninguno domina de esa manera el suceso global.

La alternativa para fundamentar una diferencia cualitativa entre la coautoría y las dos formas tradicionales de participación consiste en basarse exclusivamente en el componente negativo del dominio funcional del hecho. De conformidad con ello solamente puede ser coautor aquel que dentro del plan común asume una función tan relevante para la realización del delito que "puede hacer fracasar toda la empresa si se niega a prestar su aporte o lo revoca".[6] A diferencia del aspecto positivo, de aquí sí es posible deducir un dominio general de todos los intervinientes que prestan un aporte del cual depende el éxito o el fracaso de la acción delictiva. Esa conceptualización, sin embargo, desmiente la tesis de la diferencia cualitativa defendida con diferentes matices por la doctrina dominante.

Así, las teorías estrictas de la coautoría, las cuales vinculan esta figura a la prestación de un aporte relevante durante la ejecución, se quedan sin base, pues no solo quienes actúan durante la etapa ejecutiva, sino también algunos intervinientes en la fase preparatoria pueden, en virtud de la importancia de sus aportes, hacer fracasar la completa empresa delictiva.[7] De manera similar, el criterio del dominio negativo tampoco les permite a las teorías moderadas de la coautoría, las cuales aceptan una coautoría durante la fase preparatoria solamente en los casos de un dominio del plan criminal [*Planungsherrschaft*], distinguir cualitativamente entre coautoría y complicidad, toda vez que fuera del jefe de la banda existen algunos cómplices que tienen el poder de hacer fracasar toda la empresa criminal al asumir una tarea de gran relevancia sin la cual los demás no estarían dispuestos a participar,[8] como quien se encarga de

---

ULSAMER (ed.), *Lexikon des Rechts, Strafrecht und Strafverfahrensrecht*, 2ª ed., 1996, p. 975; HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen. Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre*, 2008, p. 34; FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 10 nm. 161; WEIßER, *Täterschaft in Europa. Ein Diskussionsvorschlag für ein europäisches Tätermodell auf der Basis einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Beteiligungssysteme Deutschlands, Englands, Frankreichs, Italiens und Österreichs*, 2011, p. 500 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF-RENZOKOWSKI, *AT,* t. II, 8ª ed., 2014, § 49 nm. 15. Véase también PALERMO, «Das eigene Unrecht der Teilnahme an einer fremden Tat?», en HILGENDORF *et al.* (eds.), *Brücken bauen, Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, 2020, p. 584 s.

[6] KÜPER, *JZ*, 1979, p. 786. Similar, ROXIN, *TuT*, 9ª ed., 2015, pp. 277 ss.

[7] En este sentido LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale», en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *FS-Roxin*, 2001, p. 595 (ya antes en esa dirección LUZÓN PEÑA, «La "determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», *ADPCP*, 1989, p. 895 s.); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Autoría y participación», *Revista de Estudios de la Justicia* (10), 2008, p. 31 s.; EL MISMO, «Un diálogo crítico con Claus Roxin y su teoría de la autoría», *Cuadernos de Política Criminal,* (123), 2017, p. 33 s.; HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, p. 37 s.; RENZIKOWSKI, «Täterschaft und Teilnahme», en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT,* t. II, 8ª ed., 2014, § 49 nm. 15, 43.

[8] En este sentido también BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial*, 2004, p. 63, quien, no obstante, considera que "el cooperador necesario carece del dominio positivo que le corresponde exclusivamente a los coautores". Ya antes, LA MISMA, *Autoría mediata en derecho penal*, 2000,

averiguar la clave de seguridad para desactivar una alarma y permitir de esa manera que los ejecutores realicen el hurto sin temor a ser descubiertos. Así las cosas, parece que el dominio negativo, entendido como el poder de hacer fracasar la acción criminal, solo puede ser aplicado consistentemente por las teorías flexibles de la coautoría, de acuerdo con las cuales para que se configure dicha figura es suficiente cualquier aporte relevante, independientemente de la etapa o la forma. Esta es, sin embargo, una conclusión apresurada, puesto que el inductor, cuyo aporte (piénsese, por ejemplo, en una promesa remuneratoria) es el motivo decisivo para que el autor directo cometa el delito, puede revocarlo y, de esta manera, hacer fracasar el proyecto criminal, por lo que tampoco en este evento el dominio negativo está en capacidad de prestar una distinción cualitativa entre coautoría y participación.

2.2. ¿Accesoriedad exclusiva de la participación?

El otro argumento básico de la concepción tradicional para defender una diferencia cualitativa de la inducción y la complicidad frente a la coautoría consiste en que solamente las dos primeras figuras tendrían un carácter accesorio.[9] La accesoriedad como elemento privativo de la participación se referiría, primordialmente, a la *función de imputación*, esto es, a la posibilidad de imputar (accesoriamente) el hecho principal a los partícipes, y a la naturaleza jurídica de ese hecho principal para que pueda ser imputado accesoriamente, lo cual es conocido como la *dimensión cualitativa* de la accesoriedad.[10]

En relación con el primer aspecto, una rápida mirada a la evolución histórica de ese concepto permite concluir que la función de imputación de la accesoriedad no es privativa de la inducción y la complicidad, sino que es imprescindible también en el ámbito de la coautoría.

En la primera mitad del siglo XIX, en la época en que empezaron a perfilarse en la dogmática penal alemana los conceptos de la actual teoría de la intervención delictiva, el término participación constituía un concepto general que reunía todas las formas de intervención culpable en un delito: "La participación en un delito consiste en la intervención culpable de varios sujetos en el mismo delito. Todos aquellos que hayan intervenido culpablemente en el mismo delito son, por lo tanto, partícipes de este en sentido amplio".[11] Así pues, no solo el

---

p. 141: "El partícipe puede tener un dominio negativo del hecho, pensemos, por ejemplo, en el cooperador que en el último momento retira su contribución al hecho; pero carece, en todo caso, del dominio positivo característico del autor". Así también, recientemente, MARTÍNEZ-BUJÁN, *La autoría en derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del código penal español)*, 2019, pp. 321 ss.

[9] Al respecto, de manera detallada, OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 199 ss.

[10] POPPE, *Die Akzessorietät der Teilnahme. Eine kritische Analyse der dogmatischen Grundlagen*, 2011, pp. 25 ss., en el trabajo más completo que se haya publicado sobre la accesoriedad de la participación, sostiene que la denominada dimensión cuantitativa, la cual se refiere al estadio que debe alcanzar el hecho principal para que sea posible una participación delictiva, no constituye un componente específico de la participación. En este mismo sentido VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, 2017, p. 601.

[11] BAUER, *Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse*, t. 1, 1840, p. 411. En ese mismo sentido BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2ª ed., 1863, pp. 170 ss.; HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1881, pp. 366 s., y en especial pp. 367 nota 5, 418 ss.; EL MISMO, «Die Mitthäterschaft im Sinne des deutschen Strafgesetzbuches», *GS*, (25), 1873, p. 121. Sobre ello en la literatura moderna HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, p. 92.

hechor intelectual [*intellektueller Urheber*] o inductor y el cómplice, sino también los cohechores [*Miturheber*][12] en todas sus manifestaciones, es decir, los "antepasados" dogmáticos de los coautores, eran considerados partícipes. No obstante, con la aparición del Código penal de Prusia de 1851 y, posteriormente, del Código penal del Reich de 1871, esa última categoría de intervinientes (cohechores o coautores) dejó de ser considerada como una manifestación del concepto de participación, el cual quedó reservado desde entonces para la inducción y la complicidad como únicas formas de participación accesoria.[13]

A pesar de que esa concepción se asentó fuertemente en la dogmática penal alemana, MEZGER reconoció (nuevamente) en la primera mitad del siglo pasado que "la coautoría es participación en sentido amplio, pues también ella es una co-intervención en el hecho de otro"[14], sosteniendo adicionalmente que "la participación en todas sus formas (coautoría, inducción y complicidad) es accesoria".[15] A la conclusión de la accesoriedad de la coautoría no se llega solamente si se toma como base un concepto extensivo de autor, sino también cuando se recurre a la teoría del dominio del hecho como expresión de un concepto restrictivo de autor, lo cual puede observarse de manera ejemplar en un texto de GALLAS (pionero de la teoría del dominio del hecho y, adicionalmente, uno de los penalistas más influyentes en Alemania durante la segunda mitad del siglo XX[16]): "La coautoría, a pesar de ser autoría, también es intervención en el hecho ajeno, pues a cada coautor se le imputa el aporte al hecho por parte

[12] Desde el punto de vista lingüístico sería más apropiado traducir el término general "Urheber" como autor y no como hechor. Eso, sin embargo, conduciría a que dos términos generales en alemán, a saber, "Urheber" y "Täter" –los cuales, al menos desde el punto de vista de la historia de las ideas penales, tienen un significado parcialmente diverso– fueran unificados y traducidos con un solo término en español. En el Derecho común (*ius commune*), es decir, en el marco de la recepción del Derecho romano antes de las codificaciones del siglo XVIII y XIX, los juristas de cultura germánica denominaban al ejecutor directo como "physischer Urheber" y a quien lo había influenciado para la comisión del delito como "intellektueller Urheber", al tiempo que quienes intervenían mancomunadamente en la ejecución del delito era llamados "Miturheber", cuya traducción más precisa al español sería, respectivamente, autor físico, autor intelectual y coautor(es). Con posterioridad, empero, los juristas germánicos modificaron la terminología y empezaron a llamar a los primeros "unmittelbare Täter", a los segundos "intellektuelle Täter" y a los terceros "Mittäter", con la finalidad de que dichos términos tuviesen una conexión lingüística más clara con el concepto de hecho ("Tat"). Así pues, para ser más consecuentes con el uso idiomático en alemán, los términos "unmittelbarer Täter", "intellektueller Täter" y "Mittäter" deberían ser traducidos como hechor directo, hechor intelectual y cohechor(es). No obstante, como esto iría en contra de una tradición de traducción de casi dos siglos y, precisamente por ello, sonaría muy artificial en español, aquí se opta (de manera consciente) por invertir la traducción más precisa de esos términos, de tal manera que "Urheber" no es traducido como autor, sino como hechor, mientras que "Täter" es traducido como autor y no como hechor.

[13] Para una exposición detallada de la evolución de la teoría de la intervención delictiva véase BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 67 ss.; EBRAHIM-NESBAT, *Die Herausbildung der strafrechtlichen Teilnahmeformen im 19. Jahrhundert*, 2006, pp. 41 ss., 162 ss.; HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, pp. 86 ss., y, en especial, pp. 94 ss.; POPPE, *Die Akzessorietät der Teilnahme*, 2011, pp. 106 ss., 148 ss., 175 ss.; MAIWALD, «Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe – Zur Entstehung der Teilnahmeformen in Deutschland», en HOYER *et el., FS-Schroeder*, 2006, pp. 283 ss.; HRUSCHKA, «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen», *ZStW,* (110), 1998, pp. 595 ss.

[14] MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 422.

[15] MEZGER, *Strafrecht*, 3ª ed., 1949, p. 446. En este mismo sentido, con anterioridad, BIRKMEYER, *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts*, 1890, p. 148.

[16] Véase SILVA SÁNCHEZ, *Medio siglo de la dogmática penal alemana (Un punto de vista iberoamericano)*, 2013, p. 16.

del otro, el cual complementa su propia contribución. De esta manera se presupone una cierta dependencia de los aportes al hecho de los coautores".[17] Como puede observarse con total claridad, la *dependencia* del comportamiento ajeno y la *imputación* de este como "los dos aspectos y funciones (...) que son vinculados materialmente con el concepto de accesoriedad por parte de la doctrina penal"[18] se encuentran en el primer plano de esa concepción de la coautoría. Así pues, la accesoriedad, por lo menos en lo que se refiere a su función, no es apta para fundamentar una diferencia (cualitativa) de la inducción y la complicidad frente a la coautoría, ya que todas estas tres figuras comparten esa misma estructura.[19]

Una opción para distinguir cualitativamente entre dichas figuras a pesar de lo anterior sería apelar a la *forma* de la imputación, partiendo de la base que el objeto de la imputación son única y exclusivamente aquellos aportes que realizan una parte del tipo. En este caso se podría diferenciar efectivamente entre una imputación recíproca en la coautoría y una imputación total del hecho principal al inductor o cómplice en la participación.[20] El precio de esto sería, sin embargo, el retorno a la teoría formal-objetiva, un precio que ni la literatura ni la jurisprudencia alemanas están dispuestas a pagar. La alternativa para evitar ese achicamiento del ámbito de aplicación de la coautoría sería considerar que el objeto de la imputación recíproca es la "mera" contribución de los otros coautores, independientemente de si ellos realizan una parte del tipo o no. Esto le garantizaría a la coautoría un ámbito de aplicación más amplio, tal y como lo conciben las teorías materiales que predominan en la actualidad. No obstante, con ello se estaría renunciando al criterio que podría fundamentar una diferencia de acuerdo con la forma de la imputación, toda vez que los inductores y los cómplices, al igual que los coautores que no realizan ningún elemento del tipo, también prestan un aporte al hecho del que otro u otros se valen para la ejecución del respectivo delito. En este caso la imputación recíproca de los aportes no sería una característica privativa de la coautoría, sino la forma de imputación común a todos los eventos de intervención mancomunada (coautoría, inducción y complicidad).[21]

---

[17] GALLAS, «Täterschaft und Teilnahme», *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 105.

[18] POPPE, *Die Akzessorietät der Teilnahme*, 2011, p. 31.

[19] El carácter accesorio de la coautoría es reconocido en la doctrina contemporánea, entre otros, por KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, pp. 60 s.; JAKOBS, «Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori», *ZIS*, 2009, p. 573; EL MISMO, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 35 ss.; ROBLES PLANAS, *InDret,* (2), 2012, p. 3; DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, p. 137 nota 59, pp. 195 ss.; EL MISMO, «Beteiligung ohne Täter», en *FS-Lüderssen*, 2002, p. 533; KLESCZEWSKI, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat. Grundlegung zu einer strafrechtlichen Lehre von Täterschaft und Teilnahme*, 1998, pp. 102 s., 261 s.; V. WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit. Ein Beitrag zur Verhaltenszurechnung bei gemeinsamem Handeln*, 2006, p. 32; LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 271 ss., 278 ss.

[20] HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, p. 130 es uno de los poquísimos autores alemanes contemporáneos que sostiene que la coautoría solo entraría en consideración cuando cada coautor realiza una parte del tipo penal. Él evita los "vacíos de punibilidad" de allí derivados a través de un concepto de autoría mediata extremadamente amplio que, no obstante, o mejor, precisamente por ello, está sometido a diversas objeciones. Al respecto véase p. ej. OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 216 ss.

[21] Los partidarios de las concepciones estrictas de la coautoría no podrían argüir en contra de ello que la imputación recíproca de los aportes sería un elemento privativo de la coautoría porque estaría restringida a los aportes prestados durante la fase ejecutiva y excluiría, por lo tanto, a la participación, pues los denominados cómplices físicos también pueden intervenir durante dicha fase, sin que por ello se conviertan en coautores.

El otro argumento insignia de los defensores de una diferencia cualitativa entre la coautoría y las formas de participación (inducción y complicidad) es la denominada *dimensión cualitativa de la accesoriedad*. De acuerdo con ello, mientras que en la coautoría no interesaría la calidad jurídica de las acciones de los intervinientes, en el ámbito de la participación el denominado hecho principal tendría que ser típico y antijurídico (lo que corresponde a la tesis de la accesoriedad limitada defendida mayoritariamente) o, adicionalmente, cometido de manera culpable (tal y como sostiene la tesis minoritaria de la accesoriedad estricta). La diferencia cualitativa consistiría, dicho con otras palabras, en la *imputación de meras acciones*, independientemente de su valor jurídico, en el campo de la coautoría, frente a la *imputación accesoria de un hecho de determinada calidad jurídica*: típico y antijurídico o, adicionalmente, culpable, en el terreno de la participación.[22] Que tampoco en este caso les asiste razón a los defensores de la tesis de la diferencia cualitativa, queda demostrado al analizar los dos fenotipos de la imputación que pueden presentarse en el ámbito de la coautoría.

En la primera constelación, caracterizada porque todos los coautores ejecutan acciones típicas, a ellos no se les imputa una acción cualquiera, sino precisamente una o más acciones *típicas*. Si se tiene en cuenta que una coautoría solo es conceptualmente posible cuando fuera de un primer coautor interviene, por lo menos, un segundo coautor (pues de lo contrario no se trataría de coautoría, sino de autoría en solitario),[23] la naturaleza jurídica de las acciones imputables depende adicionalmente de la ubicación del concepto general de autor y, con ello, de la coautoría, dentro de la sistemática del delito. Suponiendo que el concepto de autor sea un problema de injusto y los intervinientes, por lo tanto, coautores de un injusto típico,[24] se deberá entonces admitir que en el ámbito de la coautoría la imputación se refiere a acciones *antijurídicas*. Si, más allá de esto, se considera que el concepto de autor no puede ser indiferente respecto de la culpabilidad (ya sea porque determinados elementos de la culpabilidad son vistos como decisivos para la determinación de la autoría o porque se rechaza el concepto de un injusto penal independiente de la culpabilidad),[25] solamente se podrá configurar una coautoría cuando todos los intervinientes actúen de manera culpable, por lo que en estos casos a los coautores se les imputarán acciones cometidas *culpablemente*. Así pues, en

[22] Al respecto véase HOYER, «Vor § 26 ss.», SK, 9ª ed., 2017, nm. 3 ss.; POPPE, *Die Akzessorietät der Teilnahme*, 2011, pp. 27 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 63 I 2; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 313 ss.

[23] Eso ya fue formulado de manera absolutamente clara por FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18ª ed., 1931, pp. 115 s., quien exigía para la configuración de la coautoría que los intervinientes actuaran de manera culpable: "Si uno de los intervinientes no es culpable en lo absoluto (p. ej. debido a que es inimputable), es evidente que queda excluido del círculo de los coautores, y de igual manera tampoco puede hablarse de coautoría si luego de su exclusión subsiste un solo autor" (p. 116). Evidentemente esta idea también vale cuando se considera que para la configuración de la coautoría basta con que las acciones de los intervinientes sean solamente antijurídicas.

[24] Cfr. ROXIN, *TuT*, 9ª ed., 2015, pp. 328 ss.

[25] Sobre esto último véase, p. ej., JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 44; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 23 s., 59 s.; PAWLIK, «Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter? Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht», en DANNECKER *et al.* (eds.), *FS-Otto*, 2007, pp. 133 ss.; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, 2012, pp. 259 ss., 276 ss.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, pp. 1 ss., 190 ss., 210 ss.; SINN, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten. Zurechnung und Freistellung durch Macht*, 2007, pp. 244 ss., 271 ss., 287 s.; FRISCH, «Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel», *GA*, 2015, p. 83.

este primer evento, a los coautores no se les imputa cualquier tipo de acciones (avaloradas), sino acciones con un específico sentido jurídico, tal y como sucede en el ámbito de la participación.

En relación con la segunda constelación fenotípica de la imputación en el ámbito de la coautoría, en la que a pesar de la intervención de dos o más personas un solo sujeto es quien ejecuta el comportamiento típico en su totalidad, no puede regir nada diferente a lo que ocurre en la participación. A los coautores que no actúan típicamente se les tiene que imputar las acciones del ejecutor; dichas acciones, de acuerdo con las posibilidades para ubicar el problema de la intervención delictiva en la sistemática del delito acabadas de mencionar, tienen un carácter antijurídico o, adicionalmente, culpable. También aquí se trata, por lo tanto, de la imputación de acciones *antijurídicas* o, adicionalmente, *culpables*, por lo que tampoco se presenta en este ámbito una diferencia cualitativa de la inducción y la complicidad frente a la coautoría.

3. Líneas generales de un modelo de la graduación de la intervención delictiva

3.1. Hacia una distinción cuantitativa de los aportes

El análisis previo de la tesis de la doctrina mayoritaria mostró que entre las figuras de la coautoría, por un lado, y la inducción y la complicidad como manifestaciones tradicionales de la participación, por el otro, *no existe una diferencia cualitativa*. Esto, sin embargo, no significa que no sea posible diferenciar adecuadamente entre las intervenciones en un hecho común. Tal y como sostiene una posición minoritaria en la literatura científica, para ello se debería tener como punto de referencia la magnitud de los aportes de los intervinientes, por lo que se trataría de una *distinción de naturaleza cuantitativa*.[26] No obstante, la tesis de la distinción cuantitativa

[26] En este sentido LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 195 ss., 274 ss., 284 ss.; EL MISMO, «Gemeinsamer Tatentschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?», *JA*, 2000, p. 77; JAKOBS, «Beteiligung», en DÖLLING (ed.), *FS-Lampe*, 2003, p. 570 s.; EL MISMO, «Mittäterschaft als Beteiligung», en PAEFFGEN *et al.* (eds.), *FS-Puppe*, 2011, p. 558; EL MISMO, *ZIS*, 2009, p. 573; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 79 s.; EL MISMO, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 50 ss., 57 s.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 216, 261 ss.; EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2006, pp. 20 ss., 29 ss.; EL MISMO, *InDret*, (2), 2012, pp. 5 ss.; REYES ALVARADO, «Strafbare Beteiligung und objektive Zurechnung», en PAWLIK *et al* (eds.), *FS-Jakobs*, 2007, pp. 567, 569; EL MISMO, «La teoría del dominio del hecho: el fin de un ciclo», en FALCONE (ed.), *¿Autonomía y accesoriedad? Aportes para una teoría de la intervención delictiva post dominio del hecho* [en prensa]; V. WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, 2006, pp. 60 ss., 310 s.; EL MISMO, «Recensión a Hernán OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*», *InDret,* (1), 2020, p. 528; CORNACCHIA, «Fahrlässige Mitverantwortung», en PAWLIK *et al.* (eds.), *FS-Jakobs*, 2007, p. 59; PALERMO, en HILGENDORF *et al.* (eds.), *FS-Sancinetti*, 2020, pp. 582, 589 s. De manera similar DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, pp. 249, 263, 270, 273; KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, pp. 60 s.; FRISCH, en ULSAMER (ed.), *Lexikon des Rechts, Strafrecht und Strafverfahrensrecht*, 2ª ed., 1996, p. 975. En relación con el Derecho penal internacional véase VOGEL, «Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht. Zugleich ein Beitrag zu den Regelungsmodellen der Beteiligung», *ZStW,* (114), 2002, pp. 419 s. Sobre la distinción gradual de la corresponsabilidad en el ámbito filosófico véase STRÖKER, *Ich und die anderen – Die Frage der Mitverantwortung*, 1984, pp. 26 s., 42 s.; LÜBBE, *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, 1998, pp. 139 ss.; LENK/MARING, «Wer soll Verantwortung tragen? Probleme der Verantwortungsteilung in komplexen (soziotechnischen-sozioökonomischen) Systemen», en BAYERTZ, (ed.), *Verantwortung – Prinzip oder Problem?*, 1995, pp. 276 ss.; MARING, *Kollektive und korporative Verantwortung – Begriffs- und Fallstudien aus Wirtschaft, Technik und Alltag*, 2001, pp. 120 ss.; EL MISMO, «Verantwortung von

también adolece de un grave déficit, pues sus defensores se han contentado con mostrar que la distinción de los intervinientes debe basarse en el *quantum* de sus aportes, pero no se han preocupado realmente por desarrollar un sistema para la graduación de la intervención delictiva.[27] Por lo tanto, la crítica en contra de dicha posición, de acuerdo con la cual ésta no respetaría el mandato de certeza y conduciría a una aplicación arbitraria del Derecho penal,[28] aunque en su generalidad bastante exagerada, es en el fondo justificada.

Korporationen», en WIELAND (ed.), *Die moralische Verantwortung kollektiver Akteure*, 2001, pp. 133 s.; HEIDBRINK, *Kritik der Verantwortung – Zu den Grenzen verantwortlichen Handelns in komplexen Kontexten*, 2003, pp. 204 ss.; TEUBNER, «Die unsichtbare „Cupola": Kausalitätskrise und kollektive Zurechnung», en LÜBBE (ed.), *Kausalität und Zurechnung: Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, 1994, pp. 95, 127; NEUMAIER, *Moralische Verantwortung – Beiträge zur Analyse eines ethischen Begriffs*, 2008, pp. 199 s.; GOSEPATH, «Politische Verantwortung und rechtliche Zurechnung», en KAUFMANN/RENZIKOWSKI (eds.), *Zurechnung und Verantwortung*, 2012, pp. 28 s.

[27] Uno de los ejemplos más llamativos del poco valor que los partidarios de la tesis cuantitativa le otorgan a ese aspecto puede verse en LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 285, para quien la ausencia de parámetros más precisos para determinar la magnitud de los aportes no generaría ningún tipo de inconvenientes en un Estado de Derecho "porque no se trata de cuestiones sobre la determinación del tipo o la definición del ámbito de lo punible".

[28] Al respecto véase, p. ej., ROXIN, *TuT*, 9ª ed., 2015, pp. 30 s., 678 s., 764; SCHÜNEMANN, «§ 25», *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, nm. 14 s.; KLESCZEWSKI, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat*, 1998, pp. 123 s., 135; GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor en derecho penal*, 2008, p. 432; MARTÍNEZ-BUJÁN, *La autoría en derecho penal*, 2019, pp. 52 s. nota 55; SÁNCHEZ LÁZARO, «Was ist Täterschaft», *GA*, 2008, pp. 311 s.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF- RENZIKOWSKI, *AT,* t. II, 8ª ed., 2014, § 47 nm. 64 s., § 49 nm. 20. De acuerdo con MARTÍNEZ-BUJÁN (*La autoría en derecho penal*, 2019, p. 53 s.), "las perspectivas estrictamente materiales (que prescinden del anclaje formal en la realización/ejecución del hecho), al desvincular autoría y tipicidad, comprometen la afirmación de un derecho penal garantista". En contra de MARTÍNEZ-BUJÁN, el objetivo de una limitación del ámbito de lo punible también puede alcanzarse perfectamente mediante una interpretación restrictiva del injusto (en el sentido de ejecución típica) como el objeto que se les imputa a los intervinientes, por lo que no existe necesidad alguna de vincular la autoría con la ejecución del hecho (asimismo JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 1, 11 ss., 21 s.; LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 198, 271 s.; EL MISMO, «Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wilfried Bottke», *GA*, 1994, pp. 118 s.; OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 212, 246 ss.; véase también SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, pp. 97 s., 102 s.). El equívoco de vincular la autoría con la realización del hecho se debe en gran parte a que la doctrina mayoritaria no diferencia entre *dos niveles* analíticos y valorativos diferentes, a saber, el de la fundamentación de la responsabilidad de cada interviniente, en el que el objeto de imputación es precisamente la ejecución típica (aunque no se haya realizado de propia mano), y el de la graduación de sus respectivos aportes, en el que la realización de un elemento típico, si bien es un claro indicador de una gran responsabilidad, debe ser conmensurada con otros criterios para establecer la magnitud total de los aportes de cada uno de los intervinientes (al respecto en profundidad OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 238 ss., 246 ss., 293 ss.; en esta misma dirección ya apuntaban JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 1, 9 ss., 45 ss., 50 ss.; LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 271 ss., 278 ss., y, en especial, ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2012, pp. 2, 5 ss., 8, quien fue el primero en defender de manera enfática y explícita "dos niveles del sistema de intervención en el delito"; ya antes en esa línea EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2006, pp. 20 ss.; EL MISMO, *La participación en el delito*, 2003, pp. 219 ss., 261 ss.). La propuesta "normativo-funcional" de un concepto unitario de intervención delictiva de ROTSCH, *„Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft*, *Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre,* 2009, pp. 419 ss., la cual rechaza también una diferenciación categorial entre formas de autoría y participación, guarda cierta similitud con el modelo de la corresponsabilidad que es presentado (parcialmente) en este escrito (al respecto en detalle OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 238 ss., 246 ss., 293 ss.). No obstante, las diferencias también son notables. Así, mientras que en el campo de la constitución del injusto o fundamentación de la responsabilidad ROTSCH propone una distinción con un fuerte aroma naturalista (afectación directa o indirecta del bien jurídico [*unmittelbare bzw. mittelbare*

Así pues, las siguientes consideraciones pretenden dar un paso decidido para subsanar ese déficit de la tesis cuantitativa y, de esta manera, repeler de manera convincente las objeciones contra ella. Para ello se esbozará en dos pasos un sistema de la graduación de los aportes. Primero se preparará el marco metodológico (3.2.) que será utilizado luego para estructurar los grados de intervención delictiva (3.3.).

3.2. Marco metodológico

Para poder construir un sistema de la graduación de la intervención delictiva se debe comenzar por establecer cuál es el tipo de estructura conceptual más idóneo para aprehender la magnitud de los aportes delictivos a un hecho común.[29] En el ámbito de las ciencias jurídicas se diferencia, en lo que aquí interesa, entre los conceptos clasificatorios y los conceptos tipológicos.

Los conceptos clasificatorios, que se remontan a ARISTÓTELES y con los cuales se ha operado tradicionalmente en el ámbito del derecho, se caracterizan principalmente por exigir ciertos elementos necesarios y suficientes para que se presente el respectivo concepto en un caso concreto; de esta manera, dichos conceptos permitirían clasificar los objetos de referencia en clases disjuntas y, por consiguiente, garantizarían una distinción nítida y precisa.[30] La ventaja

---

Rechtsgutbeeinträchtigung]) y se contenta con una mención general de la teoría de la imputación objetiva (ROTSCH, *„Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft*, 2009, pp. 422 ss.), por lo que su teoría no ofrece unos parámetros claros para delimitar los comportamientos que afectan directa o indirectamente el bien jurídico de los comportamientos irrelevantes penalmente, el primer nivel del modelo de la corresponsabilidad se esfuerza, en primera instancia, por demostrar que el criterio de la persecución de un objetivo común permite vincular las acciones de dos o más personas y en consecuencia fundamentar su responsabilidad por el hecho común, y, a continuación, por precisar dogmáticamente dicho criterio y ponerlo a prueba en casos concretos (véase OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 256 ss., 259 ss., 278 ss.), de tal caso que este modelo ofrece un nivel de precisión mucho mayor que la teoría de ROTSCH. De otra parte, en lo que tiene que ver con el problema de la magnitud de los aportes de los intervinientes, ROTSCH reconoce con razón que la distinción entre una afectación directa y una indirecta del bien jurídico no tiene *per se* una correlación absoluta con el grado de merecimiento de pena, lo cual, sin embargo, no significaría que dicha distinción no pudiese ser valorada junto a otros criterios en el terreno de la medición de la pena (ROTSCH, *„Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft*, 2009, pp. 425 s., 462 s.). No obstante, a diferencia de la sistematización de los grados de intervención delictiva en el marco del segundo nivel del modelo de corresponsabilidad que es presentada en este texto (con mayor profundidad al respecto OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 293 ss.), ROTSCH simplemente señala que algunos de los criterios que son utilizados por la teoría tradicional para determinar la forma de intervención delictiva en el ámbito del injusto también reaparecerían en su teoría en el ámbito de la graduación de la pena (ROTSCH, *„Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft*, 2009, p. 463.). ROTSCH, empero, no menciona, ni siquiera a título de ejemplo, cuáles podrían ser esos criterios y mucho menos la forma en que podrían ser sopesados entre sí. En consecuencia, su concepción es tan abierta e indeterminada que, antes que apaciguar los temores (en este caso: fundados) de la doctrina mayoritaria sobre la lesión del mandato de certeza, termina avivándolos.

[29] En detalle OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 298 ss.

[30] Sobre la versión "clásica" de los conceptos clasificatorios véase KUTSCHERA, *Wissenschaftstheorie I*, 1972, pp. 16 ss.; MYLONOPOULOS, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, 1998, pp. 31 s.; MOLINA FERNÁNDEZ, *La Cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal*, 2007, pp. 54 s.; PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3ª ed., 2014, pp. 54 s. Para una comprensión más moderna PUPPE, «Der Typusbegriff, eine Denkform?», en HEFENDEHL *et al.* (eds.), *FS-Schünemann*, 2014, pp. 224 ss.; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 9ª ed., 2016, nm. 184.

de esta construcción conceptual en el terreno jurídico es más que evidente, pues ella posibilita un nivel muy elevado de seguridad jurídica. El precio de la aplicación del Derecho sobre esta base conceptual no es, sin embargo, nada despreciable, como ya lo advirtió G. RADBRUCH: "La vida solo conoce transiciones difusas [*fließende Übergänge*], pero el concepto [clasificatorio, H. O.] traza a través de ellas límites fijos. [E]l pensamiento conceptual tradicional es un 'pensamiento divisorio' [*Trennungsdenken*] que descompone y destruye las totalidades de la vida".[31]

Los conceptos tipológicos (cuyas características principales son, por un lado, que pueden ser aplicados aun cuando determinados rasgos del respectivo concepto no se presenten en el caso concreto, y, por el otro, que sus elementos son, al menos en parte, graduables, por lo que es posible una compensación de los elementos menos acentuados por medio de los que se presentan con mayor nitidez en la situación específica),[32] por el contrario, permitirían un mejor tratamiento de los fenómenos de naturaleza graduable que el Derecho tiene que regular, pues ellos "se van sucediendo en forma concatenada a través de fronteras borrosas como los colores en el arcoíris".[33] Esto significa, de manera más precisa, que situaciones de naturaleza *cuantificable* son aprehendidas por conceptos *graduales* que generan, a su vez, consecuencias jurídicas *escalonadas*.[34] No obstante, los conceptos tipológicos también presentan un problema considerable, pues el precio de su mayor adaptabilidad a situaciones de naturaleza graduable es que no están en capacidad de prestar el mismo grado de seguridad jurídica que los conceptos clasificatorios.

Puesto que el análisis del dominio funcional del hecho y de la accesoriedad, como los principales argumentos de los defensores de una diferencia cualitativa, arrojó que no se trata, respectivamente, de criterios privativos de la coautoría y de las dos manifestaciones

---

[31] RADBRUCH, «Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken», *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* (12), 1938, p. 46.

[32] Al respecto véase RADBRUCH, *IZTR*, 1938, pp. 46 ss.; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., 1991, pp. 461 ss.; EL MISMO/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft – Studienausgabe*, 3ª ed., 1995, pp. 290 ss.; KAUFMANN, *Analogie und „Natur der Sache" – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2ª ed., 1982, pp. 47 s.; HASSEMER, *Tatbestand und Typus – Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968, pp. 115, 121 s.; KUHLEN, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, 1977, pp. 15 s.; KOCH/RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre – Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, 1982, pp. 73 s.; BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª ed., 2011, pp. 544; PUPPE, «Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz», en DORNSEIFER *et al.*, (eds.), *GS-Armin Kaufmann*, 1989, pp. 25 ss.; LA MISMA, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3ª ed., 2014, pp. 58 ss.; MYLONOPOULOS, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, 1998, pp. 35 ss.; VOGEL, *Juristische Methodik*, 1998, pp. 147; SCHÜNEMANN, «Die Rechtfertigung des „Täters hinter dem Täter" und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen», *ZIS*, 2006, p. 306; EL MISMO, «Spirale oder Spiegelei? Vom hermeneutischen zum sprachanalytischen Modell der Rechtsanwendung», en HERZOG/NEUMANN (eds.), *FS-Hassemer*, 2010, pp. 245 s.; MOROZINIS, *Dogmatik der Organisationsdelikte. Eine kritische Darstellung der täterschaftlichen Zurechnungslehre in legalen und illegalen Organisationsstrukturen aus strafrechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Sicht sowie ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, 2010, pp. 228 ss.

[33] RADBRUCH, *IZTR*, 1938, p. 47.

[34] En el ámbito del Derecho penal y, en especial, de la teoría de la intervención delictiva, esto se debería materializar mediante la fijación de marcos penales progresivos que se intercepten en sus extremos, de tal manera que en los casos límite la decisión a favor de uno u otro de los conceptos no sea tan trascendente desde el punto de vista punitivo. En un sentido similar MOLINA FERNÁNDEZ, *La Cuadratura del dolo*, 2007, pp. 84 ss.

tradicionales de la participación (inducción y complicidad) y, por ello, no es posible ubicar dichas figuras en clases disjuntas, es preciso concluir que en este ámbito no se cumplen los requisitos básicos de los conceptos clasificatorios. Por el contrario, como de lo que se trata es precisamente de cuantificar los aportes de los intervinientes en un hecho común, en estos casos nos hallamos frente a una situación graduable como característica fundamental de los conceptos tipológicos.

Ahora bien, para poder desarrollar un sistema (tipológico) de la graduación de la intervención delictiva, primero se tienen que precisar las reglas metodológicas generales para la construcción de conceptos y series tipológicas, lo cual será abordado a continuación. Con ello se pretende demostrar, adicionalmente, que el pensamiento tipológico es plenamente compatible con el mandato de certeza, lo que garantiza seguridad jurídica.

El punto de partida para poder aprehender diferencias de naturaleza graduable a través de conceptos y series tipológicas consiste en determinar si es posible ocuparse inmediatamente de los rasgos específicos de los respectivos tipos o si, por el contrario, antes de eso es necesario establecer una relación entre ellos. Como señala PAWLIK, uno de los autores contemporáneos más preocupados por un desarrollo sistemático de la teoría del derecho penal, "la diferencia de las formas de imputación [subjetiva, H. O.] requiere, como cualquier otro tipo de diferencia, que tengan como base una unidad conceptual".[35] La convicción de una *unidad conceptual* como requisito esencial de la diversidad de las manifestaciones es compartida por numerosos partidarios del pensamiento tipológico en sentido amplio. MYLONOPOULOS, por ejemplo, considera que la gracia de los conceptos comparativos consiste precisamente en que "permiten ubicar determinados objetos en un orden consecutivo [*Reihenordnung*] de conformidad con una cualidad que ellos presentan en mayor o menor medida".[36]

La situación ideal es aquella en la que es posible identificar un solo elemento común de naturaleza cuantificable como requisito básico para la aplicación de conceptos tipológicos. No obstante, por regla general se presentarán varios criterios comunes cuantificables. En estos casos, para poder operar adecuadamente un sistema tipológico, se hace necesaria una *reducción de la multidimensionalidad*, es decir, se deben reducir los múltiples factores originales a una sola dimensión o, en todo caso, a pocas dimensiones que tengan una aptitud descriptiva similar al orden multidimensional primigenio.[37]

Para poder incluir un determinado objeto –en el caso de la intervención delictiva: el aporte de cada interviniente– en un segmento determinado del orden tipológico, debe surtirse un paso

---

[35] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 195.

[36] MYLONOPOULOS, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, 1998, p. 75. Véase también MOLINA FERNÁNDEZ, *La Cuadratura del dolo*, 2007, p. 76; DUTTGE, «Zum typologischen Denken im Strafrecht – Ein Beitrag zur „Wiederbelebung" der juristischen Methodenlehre», *Jahrbuch für Recht und Ethik* (11), 2003, pp. 117 s.; SOTELSEK, *Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen. Ein Beitrag zur Reform der Tötungsdelikte*, 2012, p. 391; ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 11ª ed., 2012, p. 63; MAURER, *Komparative Strafzumessung – Ein Beitrag zur Fortentwicklung des Sanktionsrechts*, 2005, pp. 195, 210 s.

[37] Sobre el particular véase HEMPEL/OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik – Wissenschaftstheoretische Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie*, 1936, pp. 70 s.; RADBRUCH, IZTR, 1938, p. 50; MYLONOPOULOS, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, 1998, pp. 58 ss.; MOROZINIS, *Dogmatik der Organisationsdelikte*, 2010, pp. 248 ss.

adicional que es imprescindible para la aplicación igualitaria del Derecho: la *determinación de los puntos extremos* (los denominados polos) y, dado el caso, los puntos intermedios[38]. La finalidad de esto es referir, en cada caso concreto, el objeto en cuestión a dichos parámetros para así poder *ubicarlo en uno de los segmentos del orden tipológico*, lo cual dependerá de qué tan cerca esté de uno de esos puntos.[39]

La ubicación de un objeto concreto en uno de los niveles de intensidad no ofrece mayores dificultades en los casos de órdenes unidimensionales. La situación es más compleja en los órdenes multidimensionales, pues aquí se presenta el problema de la relación entre las diversas dimensiones.

En los eventos de dimensiones que están en una relación directamente proporcional, es decir, en las que el mayor grado de una de las dimensiones coincide con el mayor grado de la(s) otra(s) o viceversa, es relativamente fácil ubicar el objeto en cuestión en uno de los niveles del orden global, a saber, en el nivel que ostenta en cada una de las dimensiones del orden multidimensional.

Las mayores dificultades se presentan, por el contrario, cuando las dimensiones no se encuentran en una relación de correspondencia general, como cuando el mayor grado de una de ellas coexiste con el menor grado de la otra. En estos casos, los conceptos tipológicos permiten una interconexión de las dimensiones a través de una estrategia compensatoria. De acuerdo con ello, en un caso concreto, entre más acentuada esté una de las dimensiones, es decir, entre más alto sea su grado, el grado de otra de las dimensiones podrá ser más bajo.[40] Al respecto PHILIPPS subraya de manera acertada que, por lo menos en relación con los conceptos tipológicos dicotómicos, una compensación solo es posible cuando, fuera de la dimensión que

---

[38] A favor de la introducción de puntos intermedios está el hecho que ello posibilitaría aprehender de mejor forma las situaciones graduales de la vida real. En lo que atañe al Derecho penal, la inclusión de uno o más puntos intermedios depende principalmente de la complejidad del problema objeto de análisis y, sobre todo, de su *conveniencia*, es decir, de valorar teleológicamente si ciertas situaciones conllevan un desvalor de un grado tan diferente que solamente pueden ser aprehendidas de manera adecuada por medio de la introducción de uno o varios niveles intermedios. Así, en el caso de órdenes unidimensionales relativamente simples puede que basten dos niveles de intensidad, mientras que en órdenes multidimensionales complejos sea necesario acudir a niveles intermedios para aprehender las diferencias valorativas más relevantes.

[39] En detalle MYLONOPOULOS, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, 1998, pp. 50 ss. Véase adicionalmente KAUFMANN, *Analogie und „Natur der Sache"*, 2ª ed., 1982, p. 48; PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3ª ed., 2014, pp. 63 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *La Cuadratura del dolo*, 2007, pp. 66 ss., 73 ss.; MOROZINIS, *Dogmatik der Organisationsdelikte*, 2010, pp. 241 ss.; LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., 1995, p. 297; RADBRUCH, *IZTR*, 1938, p. 47; KUHLEN, «Regel und Fall in der juristischen Methodenlehre», en HERBERGER *et al.* (eds.), *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, *ARSP-Beiheft* (45), 1992, pp. 119, 127; DUTTGE, *JRE*, (11), 2003, p. 116; SOTELSEK, *Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen*, 2012, p. 391; VOGEL, *Juristische Methodik*, 1998, p. 146.

[40] Así PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3ª ed., 2014, p. 58; SCHÜNEMANN, *ZIS*, 2006, p. 306; EL MISMO, *FS-Hassemer*, pp. 245 s.; DUTTGE, *JRE*, (11), 2003, p. 113; RÖHL/RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre – Ein Lehrbuch*, 3ª ed., 2008, pp. 617 s.; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, p. 220; SOTELSEK, *Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen*, 2012, p. 391. Véase también LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., 1991, pp. 462, 468, 470; EL MISMO/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., 1995, pp. 291, 297 s.; KAUFMANN, *Analogie und „Natur der Sache"*, 2ª ed., 1982, p. 47; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 300.

está acentuada en un alto grado, la otra dimensión, así sea en un grado muy bajo, también esté presente en el caso concreto.[41] La consecuencia de esto para la construcción de series tipológicas bidimensionales consiste en que es necesario incluir un nivel intermedio en los casos en los que la dimensión que ostenta un nivel alto no puede prestar una compensación porque la otra dimensión no se presenta ni siquiera en un nivel mínimo.

El procedimiento para la construcción de conceptos y series tipológicos acabado de esbozar no corresponde a un concepto estricto de sistema, según el cual de unos pocos axiomas se pueden deducir de manera lógico-necesaria todos los subconceptos relevantes dentro de un determinado complejo regulativo. No obstante, como en una serie tipológica se enlazan los tipos de una forma tal que "las características comunes, las diferencias y, con ello, también las transiciones son puestas de manifiesto",[42] el pensamiento tipológico genera igualmente "orden y unidad como las características del concepto general de sistema".[43] Así pues, en estos casos también se trata de un sistema –si bien no cerrado, sino abierto, pero sistema en todo caso– que está en capacidad de garantizar el principio de la aplicación igualitaria del derecho.[44]

En lo que se refiere a la aplicación de este marco metodológico al problema de la intervención delictiva, la posición aquí defendida puede entonces reclamar –con el mismo derecho que lo hace ROXIN para su "concepto abierto de autor", BLOY para sus "tipos de imputación" o STEIN para su "sistema abierto"–[45] que es compatible con el mandato de certeza. Esto quedará reforzado en el acápite que sigue al dotar de contenido material al sistema abierto de la graduación de la intervención delictiva.

3.3. Sistema abierto de la graduación de la intervención delictiva

a. Dimensiones para la graduación de la intervención delictiva

Una mirada rápida a los casos de la intervención en un hecho común muestra que los intervinientes prestan aportes que pueden ser bastante diferentes fenotípicamente.[46] Así, por ejemplo, si se toma como criterio de referencia el momento de la intervención, algunos prepararían el hecho delictivo, mientras que otros actuarían (u omitirían) durante la etapa ejecutiva. Pero incluso al interior de cada una de esas situaciones pueden presentarse diferencias considerables en el comportamiento de los intervinientes. En efecto, las

---

[41] PHILIPPS, «Ein bißchen Fuzzy Logic für Juristen», en TINNEFELD/WEIS, (eds.), *Institutionen und Einzelne im Zeitalter der Informationstechnik*, 1994, p. 221; véase también EL MISMO, «Kompensatorische Verknüpfungen in der Rechtsanwendung – ein Fall für Fuzzy Logic», en MARTINEK *et al* (eds.), *FS-Jahr*, 1993, p. 173.

[42] LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., 1995, p. 299.

[43] Véase CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2ª ed., 1983, pp. 11 ss., 74 ss.

[44] En este sentido CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2ª ed., 1983, pp. 11 ss., 74 ss.; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988 pp. 56 ss.; DUTTGE, *JRE*, (11), 2003, p. 107; KUTZNER, *Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter und der Typus der mittelbaren Täterschaft*, 2004, pp. 123 ss.; SCHLÖSSER, *Soziale Tatherrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten*, 2004, p. 227; KUHLEN, *ARSP-Beiheft,* (45), 1992, pp. 117 ss.; ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 11ª ed., 2012, pp. 58 s.

[45] Al respecto véase OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 305 y 311.

[46] En este mismo sentido ROBLES PLANAS, *InDret,* (2), 2012, p. 5 ss.

prestaciones durante la fase preparatoria pueden consistir en la ideación del plan criminal o en la consecución de los objetos necesarios para llevarlo a cabo, de tal manera que la primera tiene un carácter intelectual y la segunda más bien uno material. No obstante, no es impensable que todas estas funciones sean asumidas por una única persona que actúa solamente durante la etapa preparatoria o, también, en la fase ejecutiva. Como es bien sabido, el aporte a un hecho común también puede consistir en ejercer algún tipo de influencia sobre los demás intervinientes, ya sea que en la etapa preparatoria se les suministren los motivos decisivos para realizar una conducta delictiva o se les preste un apoyo psicológico durante la ejecución de la conducta, siendo posible que dichos aportes concurran con otros de naturaleza material. Ahora bien, en lo que se refiere a los aportes durante la fase ejecutiva, en primera instancia entran en consideración las acciones que realizan parcial o totalmente un tipo penal; no obstante, esto tampoco excluye que el aporte de un interviniente esté dirigido a favorecer en mayor o menor medida la realización típica por parte de otra u otras personas.

Ya que cada uno de esos posibles aportes tiene unas características particulares, para poder valorarlos entre sí y, de esa manera, ponerlos en una relación progresiva, lo primero que se debe hacer de acuerdo con el marco metodológico expuesto anteriormente es establecer cuáles son sus elementos comunes de naturaleza graduable.[47]

Como de lo que se trata aquí es de cuantificar los aportes de los intervinientes, una característica esencial de todos los supuestos de intervención delictiva consiste en que aquellos tienen que prestar un aporte, "intelectual" y/o "físico", para promover y/o ejecutar la respectiva conducta punible, pues bajo la égida de un derecho penal de acto no basta para la atribución de responsabilidad penal que un sujeto se identifique interiormente con los fines criminales de otro,[48] sino que es absolutamente necesario que materialice su conformidad con ese proyecto delictivo y, como contrapartida de ello, su oposición al proyecto de paz y libertad a través del derecho. Así pues, en consonancia con la graduabilidad como característica básica de los conceptos tipológicos, lo que se busca en esta primera dimensión de la intervención delictiva es establecer a través de un juicio comparativo de los aportes materiales de los intervinientes su mayor o menor *influencia sobre el suceso típico*. Dicho gráficamente: una acción que realiza total o parcialmente el tipo y una acción dirigida a evitar que los intervinientes sean sorprendidos por las autoridades durante la ejecución delictiva, desde el punto de vista de su carácter ejecutivo o precautorio no pueden ser puestas en una relación progresiva, sino que se encuentran en orillas diferentes, a saber, ejecución vs. no-ejecución o medidas precautorias vs. medidas no-precautorias. No obstante, si esas mismas acciones son valoradas desde la óptica de su influencia sobre el suceso típico sí es posible ponerlas en una relación gradual, de tal manera que las acciones ejecutivas probablemente estarían ubicadas en un nivel superior, pues por lo general ellas caracterizan el suceso típico de forma más clara que las medidas precautorias, las cuales quedarían en un nivel inferior.

Por otra parte, en la intervención en un hecho común se traba una relación intersubjetiva que, a diferencia de lo que sucede en los casos de la autoría mediata, no elimina el carácter

[47] Al respecto, en detalle, OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 315 ss.

[48] En este mismo sentido respecto de la complicidad VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2017, p. 593.

autorresponsable de sus decisiones.[49] Precisamente en la influencia que ejercen y/o a la cual son sometidos los sujetos autorresponsables de esa relación intersubjetiva radica el segundo elemento común de la intervención delictiva, el cual será llamado, en consonancia con la denominación de la primera dimensión, *influencia sobre los co-intervinientes*. Aquí lo que realmente importa no son –como en la primera dimensión de la influencia sobre el suceso típico– los aportes materiales, los cuales también pueden consistir en prestaciones intelectuales como por ejemplo la planeación del delito, sino más bien la medida en que se influye sobre la "psique" de los demás intervinientes para movilizarlos a favor de un proyecto criminal común. Adicionalmente, ya que en este tipo de relaciones intersubjetivas pueden existir diferencias entre el grado de influencia que se ejerce y/o al que se es sometido – por ejemplo, a la hora de "mover" a un trabajador de una empresa a la comisión de un delito no ejerce el mismo grado de presión sobre él un consejo de un extraño que una exhortación bajo la amenaza de despido por parte de un superior jerárquico– también se presenta la graduabilidad como elemento estructural de los conceptos tipológicos.

Con la "destilación" de estas dos dimensiones lo que se pretende es cubrir el espectro completo de las contribuciones "materiales" y "espirituales" ("intersubjetivas", de acuerdo con una terminología quizás menos expresiva, pero más adecuada) para la realización de un hecho delictivo común. De esta manera se le hace frente al problema de poner en el primer plano una sola de esas dimensiones dejando la otra en el trasfondo y, como consecuencia de ello, es posible aprehender la magnitud de los aportes de los intervinientes en su *significado global*.[50]

Ahora bien, después de haber identificado esos dos criterios comunes que permiten conmensurar los aportes de los intervinientes, se debe analizar como segundo paso en la construcción de series tipológicas si es posible reducir aún más la multidimensionalidad que caracteriza el ámbito de la intervención delictiva. A primera vista sería posible una reducción completa de la multidimensionalidad mediante la fusión de esos dos momentos en una sola dimensión de la "influencia sobre el hecho". Esto requeriría una correlación absoluta de las dimensiones "influencia sobre el suceso típico" e "influencia sobre los co-intervinientes" en el sentido que el nivel máximo de la una coincidiera *siempre* con el nivel máximo de la otra y viceversa. Esto se puede presentar en ciertas constelaciones como, por ejemplo, en los casos del jefe de la banda que a través de una planeación detallada configura los aspectos más relevantes del hecho y, adicionalmente, por medio de promesas remuneratorias y/o medios de presión

[49] Sobre la distinción entre las manifestaciones de la intervención en un hecho común (coautoría, inducción y complicidad) y la autoría mediata véase OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 163 ss.

[50] En un sentido similar SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1984, Kap. 10, nm. 154 ss.; también coincide con SCHMIDHÄUSER en este punto JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 21 nm. 50. SCHMIDHÄUSER expone allí con razón que ese problema afecta a las dos grandes vertientes teóricas sobre la intervención delictiva. Por un lado, a la teoría subjetiva, la cual pone un énfasis extremo en el aspecto psíquico de la relación entre los intervinientes y, adicionalmente, lo valora erróneamente desde una perspectiva psicologizante y no de acuerdo con criterios intersubjetivos. Por el otro, a las teorías objetivas que descuidan en parte el momento relacional de carácter intersubjetivo y sitúan en el primer plano solamente criterios materiales. A diferencia de la teoría global ["Ganzheitstheorie"] de SCHMIDHÄUSER, la cual se caracteriza por su falta de precisión, la posición aquí defendida se esfuerza por un análisis más preciso de las dimensiones de la intervención delictiva y de su interconexión como base para la graduación de la magnitud de los aportes de los intervinientes. Al respecto, con mayor profundidad, OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 320 ss.

ejerce una influencia notable sobre los ejecutores. No obstante, ello no siempre es así, como lo ponen de presente las situaciones de inducción en las que el denominado hombre de atrás se limita a "mover" al ejecutor directo a la comisión de la conducta punible, siendo este último quien realiza los aportes materiales más significativos.

Toda vez que la reducción de esos dos momentos generales a una sola dimensión conduciría a una nivelación de diferencias relevantes en el ámbito de la intervención delictiva, por lo que los casos en los que esos dos momentos ostentasen un nivel diferente no podrían ser aprehendidos adecuadamente desde un punto de vista metodológico,[51] es preciso concluir que la influencia sobre el suceso típico y la influencia sobre los co-intervinientes son las dos dimensiones irreductibles de un mismo orden, esto es, y para decirlo en consonancia con la terminología hasta ahora utilizada, del orden bidimensional de la influencia sobre el hecho.[**] Lo anterior, sin embargo, no significa en lo más mínimo que esas dos dimensiones se encuentren en una relación de mutua exclusión, pues ello iría en contra de una característica básica de los conceptos tipológicos, de acuerdo con la cual "entre los rasgos que en su totalidad constituyen un tipo existe una relación armónica en el sentido que ellos se condicionan o favorecen recíprocamente o, por lo menos, son compatibles entre sí".[52] Precisamente de esta manera se comportan esas dos dimensiones de la intervención delictiva en un hecho común, pues en la medida que alguien ejerce un determinado tipo de influencia sobre sus co-intervinientes, por lo general también está influyendo sobre el suceso típico y viceversa; no obstante, eso no excluye que la intensidad del aporte respecto de cada una de esas dimensiones pueda ser diferente.

Determinadas las dimensiones irreductibles de la intervención delictiva, el tercer momento en la construcción de una serie tipológica para graduar los aportes de los intervinientes consiste en fijar los polos y, dado el caso, los puntos intermedios, de cada una de esas dimensiones. Para acometer esta tarea, en contra de una primera impresión, no se tiene que empezar de cero; toda vez que lo que aquí se persigue es darle una solución material más adecuada al mismo problema de fondo, es posible recurrir a muchas de las ideas discutidas durante la evolución de la teoría de la intervención delictiva. Esto, sin embargo, no significa que las siguientes reflexiones estén orientadas a darle un contenido específico a las *formas* tradicionales de autoría y participación como la coautoría, la inducción y la complicidad, pues en el modelo aquí propuesto ellas desaparecen y lo que entra en juego son *grados* de intervención delictiva. Así pues, de lo que se trata es de cartografiar los polos de la influencia sobre los co-intervinientes y de la influencia

---

[51] Véase MYLONOPOULOS, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, 1998, p. 47.

[**] En alemán, el idioma en que fueron presentadas por primera vez estas reflexiones (véase OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 315 ss.), utilicé el término "Prägung" para referirme tanto al orden general (zweidimensionale Ordnung der Tatprägung) como a sus dos dimensiones específicas (Prägung der Tatgenossen y Prägung des tatbestandsmäßigen Geschehens). Se trata de una palabra que es difícil de traducir al español, cuya idea central consiste en que alguien influye sobre algo o alguien dándole una forma específica o dejando una marca particular. Toda vez que el sustantivo "configuración" – que es en efecto como mejor se podría traducir "Prägung" en el caso del orden general (Tatprägung como configuración del hecho) y de la dimensión material (Prägung des tatbestandsmäßigen Geschehens como configuración del suceso típico) – es difícilmente aplicable en el caso de la dimensión intersubjetiva, pues tendría muy poco sentido hablar – o al menos sonaría muy artificial – de una "configuración de los co-intervinientes", para mantener también en español una correspondencia terminológica entre el orden general y sus dos dimensiones he optado por el término "influencia" que, si bien es menos expresivo, si es aplicable en esos tres supuestos.

[52] LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., 1995, p. 296.

sobre el suceso típico como sus niveles de mayor y menor intensidad con ayuda de los debates pertinentes en el ámbito de la teoría (tradicional) de la intervención delictiva.[53]

b. La influencia sobre los co-intervinientes

Como esta dimensión se refiere a la influencia psíquica o motivacional que ejercen y/o a la que son sometidos los intervinientes por sus pares, para determinar su extensión se puede recurrir a la discusión clásica de la intervención delictiva que pone este aspecto en un primer plano, a saber, aquella sobre la distinción entre la inducción y la complicidad psíquica. Allí se reconoce que los comportamientos típicos de inducción y de complicidad psíquica ejercen un determinado grado de influencia sobre los intervinientes,[54] por lo que el núcleo de la disputa teórica consiste en establecer a partir de qué punto la *intensidad de la influencia* alcanza el nivel requerido por la inducción, de tal manera que los influjos que no llegan a ese grado son adscritos al ámbito de la complicidad psíquica.[55] Así pues, con base en un análisis de las tres corrientes principales al respecto es posible fijar los polos de esta dimensión, es decir, los puntos de referencia que marcan, respectivamente, los grados superior e inferior de la influencia sobre los co-intervinientes.

Aquí se empezará con el polo superior, el cual abarca las situaciones en las que un interviniente es sometido al mayor grado de influencia posible, siempre que ello no elimine el carácter autorresponsable de sus decisiones.

La posición flexible sobre el concepto "determinación" (prescrito en el § 26 StGB), de acuerdo con la cual cualquier tipo de influencia motivacional es suficiente para que se configure una inducción,[56] es totalmente inadecuada para fijar el grado superior de la influencia sobre los co-intervinientes, pues ella se contenta precisamente con *cualquier* grado de influjo motivacional, independientemente de si tiene un carácter más o menos fuerte.

Más apropiada puede ser entonces la posición mayoritaria defendida con abundantes matices, ya que interpreta el concepto de determinación en un sentido más restringido y exige, en consecuencia, una influencia comunicativa, un contacto psíquico.[57] En la medida que algunos autores como SCHULZ, ROXIN y AMELUNG exigen adicionalmente que la acción inductora tenga otras propiedades como ejercer un dominio del plan, tener un carácter exhortativo o constituir

---

[53] En detalle OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 320 ss., 327 ss.

[54] Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 22 nm. 21; KÜHL, *AT*, 8ª ed., 2017, § 20 nm. 169 ss.; KINDHÄUSER, *AT*, 8ª ed., 2017, § 41 nm. 6 ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 272.

[55] Que la influencia sobre los co-intervinientes no constituye un momento cualitativo, sino uno cuantitativo, rige no solo en relación con la concepción aquí defendida, sino también frente a la posición mayoritaria, la cual quiere trazar una línea divisoria cualitativa solamente entre autoría y participación, pero no entre la inducción y la complicidad como manifestaciones de la participación.

[56] Así, KINDHÄUSER, *AT*, 8ª ed., 2017, § 41 nm. 9.

[57] Véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 116; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 64 II.1; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 12 nm. 143; FRISTER, *AT*, 7ª ed., 2015, Cap. 28 nm. 22; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 47ª ed., 2017, nm. 802; FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 64ª ed., 2017, § 26 nm. 3.

un requerimiento sancionado con un castigo,[58] los cuales tienen evidentemente una influencia notable sobre la constitución de la voluntad del autor, se va en la dirección adecuada para fijar el polo superior de esta dimensión. No obstante, las posturas de estos autores adolecen, como lo advierten con razón PUPPE y RENZIKOWSKI, de una especie de inconsistencia teórica, pues se niegan a deducir del "carácter exhortativo" o del "requerimiento sancionado con un castigo" que el autor se encuentra en una cierta relación de dependencia frente al inductor.[59] En consecuencia, son consideradas como una influencia fuerte en el sentido de la inducción no solo los casos en los que el inductor ejerce una gran influencia sobre el proceso decisorio del autor, por ejemplo, mediante el uso de medios de presión o una promesa remuneratoria, sino también aquellas situaciones en las que lo único que se presenta es una "incitación de autores absolutamente independientes".[60] Para la finalidad aquí perseguida esas posturas tienen el problema de que no permiten fijar el polo superior de la influencia sobre los co-intervinientes lo suficientemente alto, por lo que se terminarían agrupando bajo un mismo tipo casos que se diferencian notablemente en cuanto a la intensidad de la influencia psíquica.

Para sortear este inconveniente es entonces necesario elevar el listón, tal y como lo hacen las posiciones restrictivas sobre el concepto de determinación defendidas principalmente por PUPPE, JAKOBS y KÖHLER. Independientemente de las diferencias terminológicas y de contenido, estos autores coinciden en que una fuerte influencia psíquica sobre el ejecutor en el sentido de la inducción solamente se presentaría cuando él hace depender su decisión delictiva y la ejecución del hecho de la voluntad del inductor, lo cual le otorgaría a este último una posición decisiva frente a la realización delictiva y justificaría, por consiguiente, la equiparación de su marco penal con el del autor.[61] Así pues, ya que esto permite excluir las situaciones de una influencia débil como la incitación de un autor absolutamente independiente o el otorgamiento de un mero consejo, el polo superior de la influencia sobre los co-intervinientes se deja fijar de manera adecuada con la ayuda del criterio de la "dependencia del autor frente al inductor". Esto puede ser precisado mediante un breve análisis de la crítica contra las posiciones restrictivas sobre el concepto de determinación.

En contra de ellas se argumenta en primera instancia que el autor se comportaría libremente y que solamente él decidiría sobre el sí y el cómo de la ejecución, por lo que no se podría hablar de una dependencia frente al inductor.[62] Si bien es absolutamente cierto que el autor, a pesar de ese tipo de influencia, continúa siendo un sujeto autorresponsable, ello no se opone en lo más

---

[58] Véase SCHULZ, *Die Bestrafung des Ratgebers – Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe*, 1980, pp. 137 ss.; ROXIN, *AT*, t. II, 2003, § 26, nm. 74 ss.; AMELUNG, «Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohtem Verhalten», en *FS-Schroeder*, 2006, pp. 163 ss.

[59] Véase MAURACH/GÖSSEL/ZIPF-RENZIKOWKSI, *AT,* t. II, 8ª ed., 2014, § 51 nm. 20; PUPPE, «Die Architektur der Beteiligungsformen», *GA*, 2013, p. 519.

[60] Así, por ejemplo, ROXIN, *AT,* t. II, 2003, § 26 nm. 89.

[61] Véase PUPPE, «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *GA*, 1984, p. 112 ss.; LA MISMA, *GA*, 2013, p. 517 ss.; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 22, nm. 21 s.; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 521 ss. En un sentido similar ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 272; JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, 1988, pp. 119 ss.; EL MISMO, «Anstiftung als Aufforderung zu freiverantwortlichem deliktischem Verhalten», en *FS-Puppe*, 2011, pp. 568 ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF-RENZIKOWKSI, *AT,* t. II, 8ª ed., 2014, § 51 nm. 18 ss.

[62] Así ROXIN, *AT,* t. II, 2003, § 26 nm. 89. Cfr. También SCHÜNEMANN, «§ 26», *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, nm. 12 s.; FRISTER, *AT*, 7ª ed., 2015, Cap. 28 nm. 23.

mínimo a la idea de que él se subordina voluntariamente al inductor en el sentido que extrae el motivo fundamental para cometer el delito del enunciado prescriptivo que le dirige el inductor en relación con la comisión del delito.[63] A esto podría replicársele que constituye una mera especulación afirmar que el motivo decisivo para el autor fue la exhortación por parte del inductor. En ese caso, no obstante, la posición mayoritaria tendría que explicar por qué es menos especulativa la pregunta sobre si el autor ya antes de la influencia psíquica había tomado la decisión de cometer el delito, lo que conduciría a una inducción en caso de una respuesta negativa y a una complicidad psíquica en caso afirmativo.[64] A diferencia de lo vago que puede ser establecer la existencia o no de una firme decisión delictiva del ejecutor previa a la influencia psíquica ajena, el criterio de la dependencia del autor frente al inductor tiene la ventaja de que puede ser precisado a través de la formulación de medios típicos de la determinación como promesas remuneratorias o medios de presión, de tal manera que puede ser sometido con mucha más facilidad a una valoración objetiva.[65] Así pues, si bien en la esfera intersubjetiva, a diferencia de lo que sucede con las explicaciones causales, no es posible afirmar con total certeza que la decisión delictiva del ejecutor se debe a la influencia motivacional ejercida por otra persona, esta afirmación sí es mucho más plausible cuando dicha persona no se limitó a una influencia cualquiera sobre la voluntad del ejecutor, sino que le prometió una remuneración o lo amenazó con causarle un mal.

A las posiciones restrictivas del concepto de determinación se les reprocha adicionalmente que generarían una confusión en la delimitación entre la inducción y la autoría mediata.[66] Esta objeción puede ser esgrimida contra la posición de KÖHLER, quien en virtud de su interpretación del "comportamiento autónomo (libre) en una relación interpersonal-externa (referida al derecho)" considera, por ejemplo, que la persona que debido a una coacción ajena se encuentra en una situación de necesidad de conformidad con el § 35 StGB y el inimputable son sujetos que pueden reflexionar sobre el contenido de las normas y, por consiguiente, formular una máxima contraria al derecho. De acuerdo con esto, dichos sujetos no podrían ser considerados como instrumentos en el sentido de la autoría mediata, lo que en efecto conlleva a que casos típicos de autoría mediata sean trasladados al ámbito de la inducción.[67] Esta crítica, sin embargo, no toca la posición aquí defendida, la cual traza la línea divisoria, de manera similar a PUPPE y JAKOBS, con ayuda de la dimensión cualitativa del principio de responsabilidad.[68] De acuerdo con esto, el polo superior de esta dimensión abarca solamente los eventos en los que el autor, a pesar de la influencia psíquica ajena, continúa siendo un sujeto jurídicamente autorresponsable. Por el contrario, cuando la autorresponsabilidad del ejecutor queda excluida

---

[63] En este sentido, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF-RENZIKOWKSI, *AT,* t. II, 8ª ed., 2014, § 51 nm. 12; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 22 nm. 22; JOERDEN, en *FS-Puppe*, p. 571 nota 21.

[64] Muy gráfico al respecto MAURACH/GÖSSEL/ZIPF-RENZIKOWKSI, *AT II*, 8ª ed., 2014, § 51 nm. 20: "especulación sobre el hecho de si quien debía ser inducido ya estaba decidido a cometer el hecho en un 51%."

[65] Véase KÖHLER, *AT*, 1997, p. 525 ss.; PUPPE, *GA*, 1984, p. 114; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF-RENZIKOWKSI, *AT,* t. II, 8ª ed., 2014, § 51 nm. 21 ss.; JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, pp. 121 ss.; AMELUNG, *FS-Schroeder*, pp. 165 ss.

[66] Al respecto, véase ROXIN, *AT,* t. II, 2003, § 26 nm. 89; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF-RENZIKOWKSI, *AT.,* t. II, 7ª ed., 1989, § 51 nm. 3; SCHÜNEMANN, «§ 26», *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, nm. 10 ss.

[67] Véase KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 505 ss.

[68] Con más detalle OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 111 ss., 163 ss.

desde la perspectiva interna del sistema jurídico-penal no entra en consideración ninguna manifestación del actuar en conjunto, sino única y exclusivamente la denominada autoría mediata.

Fijado el polo superior como el ámbito de una influencia fuerte sobre los co-intervinientes en el sentido apenas descrito, es hora de hacer lo propio respecto del polo inferior de esta dimensión, el cual corresponde a la influencia leve sobre los co-intervinientes. En virtud del contenido que se le ha asignado a esta dimensión en general y a su polo superior en particular, el polo inferior se encuentra en cierta medida prefigurado. Dentro del espectro de todas las influencias psíquicas posibles la intensidad de las pertenecientes a este tipo tiene que ser tan reducida que – dicho primero de forma negativa – no logre generar una dependencia del ejecutor frente a la voluntad del inductor en el sentido ya mencionado. Esta dimensión, caracterizada por la intensidad de la influencia motivacional ejercida por los co-intervinientes, tiene por naturaleza un carácter afirmativo, pues de lo que se trata en primera línea es del momento positivo de la influencia sobre una voluntad ajena (cuyo reverso es, obviamente, el momento pasivo de estar sometido a una influencia de otra persona).[69] Así pues, el polo inferior de esta dimensión empieza –formulado ahora de manera positiva– donde alguien ejerce algún tipo de influencia, por leve que sea, sobre el (futuro) ejecutor para que este tome la decisión de realizar una determinada conducta punible, donde se le transmite de alguna manera que haría bien en ejecutar un determinado hecho punible.[70]

Para dotar de contenido a esta dimensión y poder fijar sus polos se ha recurrido a la discusión tradicional sobre la delimitación entre la inducción y la complicidad psíquica. ¿Significa eso entonces que esta dimensión no juega ningún papel frente a otras manifestaciones clásicas de la intervención en un hecho común como la coautoría y la complicidad física? A esta pregunta se debe responder de manera negativa, pues en la medida que los intervinientes entablan una relación intersubjetiva, la regla general es que ellos ejercen algún tipo de influencia motivacional sobre los demás. En relación con la primera de esas figuras decía KÖSTLIN refiriéndose a los cohechores, los antepasados dogmáticos de los coautores, que en estos casos se trata de "la forma de interacción que mejor corresponde a la libertad", puesto que "el momento del determinar y el del estar determinado no están repartidos inequitativamente, sino que se encuentran en una relación de equilibrio recíproco frente a todos los partícipes".[71] En el ámbito de la literatura contemporánea, PUPPE y KÖHLER reconocen con sus respectivos criterios del "pacto de injusto sellado conjuntamente" y de la "determinación recíproca" que también en la coautoría se presenta una influencia de la voluntad ajena.[72] Aun cuando la

[69] Un interviniente que se encuentre de manera general en una posición pasiva – como, por ejemplo, el delincuente a sueldo que se prescribe cumplir sin ningún tipo de objeciones los designios de su mandante – obviamente no queda excluido de la relación intersubjetiva. No obstante, ya que él no ejercería ningún tipo de influencia motivacional sobre su mandante, esta dimensión no podrá ser puesta en la balanza para determinar la magnitud global de su(s) aporte(s), lo cual tiene que ser valorado al momento de interconectar las dos dimensiones (al respecto, infra [d.]).

[70] De manera similar KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 534 s.

[71] KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts, Erste Abtheilung, Allgemeiner Theil*, 1855, pp. 256, 334. Véase también, EL MISMO, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845, pp. 448 s.

[72] Véase PUPPE, *GA*, 1984, pp. 101, 111 ss.; LA MISMA, «Der gemeinsame Tatplan der Mittäter», *ZIS*, 2007, pp. 235 s.; LA MISMA, *GA*, 2013, p. 522; LA MISMA, *AT*, 3ª ed., 2016, § 25 nm. 3; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 513 ss.

posición mayoritaria no se refiere a una posible influencia psíquica (recíproca) al explicar el criterio de la resolución común al hecho como presupuesto de la coautoría, es difícilmente imaginable que dos o más personas, que planean y ejecutan un plan criminal de manera conjunta, no ejerzan ni siquiera una mínima influencia sobre los otros intervinientes en el sentido expuesto más arriba. Y en lo que se refiere a la complicidad física tampoco rige algo totalmente diferente, puesto que la prestación de un aporte físico en muchos casos trae consigo (al menos, de forma implícita) una influencia motivacional sobre los demás intervinientes.[73]

Finalmente, después de haber fijado los polos de la "influencia sobre los co-intervinientes" y aclarado que esta dimensión es relevante en todos los eventos de la intervención en un hecho común y no solo en el restringido ámbito de la inducción y la complicidad psíquica, se debe analizar de manera breve si es necesario introducir uno o más puntos intermedios.

Los denominados polos (en este caso: la influencia fuerte y la influencia leve sobre los co-intervinientes), al marcar los límites superior e inferior de la dimensión y fijar, de esta manera, su extensión, constituyen elementos indispensables para la construcción de series tipológicas. Adicionalmente, con la fijación de puntos de referencia generales, con base en los cuales se valora cada objeto concreto para establecer en cuál de los niveles de intensidad debe ser ubicado, se está garantizando el principio de una aplicación igualitaria del derecho y la exigencia de seguridad jurídica.

A diferencia de ello, la introducción de uno o más puntos intermedios no constituye una necesidad conceptual, sino que es más bien una cuestión de *conveniencia y practicabilidad*. Como en todos los eventos de dimensiones graduables, desde un punto de vista teórico sería posible trazar un número infinito de puntos intermedios. No obstante, con la construcción de series tipológicas no se pretende aprehender todas las divergencias imaginables, lo que evidentemente haría imposible el trabajo científico y la praxis jurídica, sino solamente las diferencias *relevantes*, por lo que precisamente se habla es de tipos. Un indicio de que las diferencias relevantes al interior de la influencia sobre los co-intervinientes son aprehendidas de manera adecuada por los dos niveles que marcan los polos superior e inferior de esta dimensión es que en la discusión tradicional este mismo terreno ha sido cartografiado de manera general solo con dos criterios, a saber, la inducción y la complicidad psíquica. Esto se ve reforzado por el hecho que, de acuerdo con la posición aquí sostenida, la influencia sobre los co-intervinientes constituye tan solo un momento *parcial* para la determinación de la magnitud *global* de los diferentes aportes, por lo que de su combinación con el otro momento parcial (la influencia sobre el suceso típico) resulta un sistema para la graduación de la intervención delictiva que contiene más niveles de intensidad.[74] Así pues, como este modelo global de mayor riqueza conceptual puede aprehender de manera adecuada las diferencias graduales que se presentan en el ámbito de la intervención delictiva, no es necesario que en esta o la próxima dimensión se introduzcan uno o más puntos intermedios.

Véase también JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, pp. 80 s.; FRISTER, «Zum Strafgrund von Mittäterschaft und Teilnahme», en *FS-Dencker*, 2012, p. 132.

[73] En este mismo sentido JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 22 nm. 21. De manera similar ROXIN, *AT,* t. II, 2003, § 26 nm. 209; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF-RENZIKOWSKI, *AT,* t. II, 8ª ed., 2014, § 52 nm. 7, 10.

[74] Al respecto, con más detalle, infra d.

c. La influencia sobre el suceso típico

Luego de haber fijado los polos de la primera dimensión se debe emprender la misma tarea respecto de la segunda dimensión, es decir, en relación con la influencia de los intervinientes sobre el suceso típico. Como se explicó más arriba al identificar estas dimensiones como los dos momentos generales de la intervención en un hecho común, aquí lo que interesa es la *magnitud* de los aportes, bien sean físicos o intelectuales, que son prestados en el marco de la relación intersubjetiva para promover y/o ejecutar la respectiva conducta punible. En consecuencia, también en el ámbito de la influencia sobre el suceso típico se trata de una distinción de carácter cuantitativo, tal y como quedará corroborado a continuación.

Al partir de la premisa de que ciertos aportes ejercen una mayor o menor influencia sobre el suceso típico que otros (por ejemplo, que la ejecución de una acción típica tiene por lo general mayor relevancia que la mera facilitación de un instrumento para la ejecución delictiva o que las labores de planeación y coordinación son normalmente más importantes que un simple consejo técnico), el análisis de los polos de esta dimensión puede valerse de la discusión tradicional que se ocupa en términos generales de este problema, esto es, de la discusión sobre la "relevancia" [*Erheblichkeit*] del aporte como criterio delimitador de la coautoría frente a la complicidad física.

La posición minoritaria, a pesar de que se opone, en general, a una distinción cualitativa entre autoría y participación y, en particular, a una entre coautoría y complicidad, reconoce que no todas las contribuciones pueden tener la misma relevancia. Lo contrario sería, de acuerdo con JAKOBS, una "solución" totalmente abstracta que no tomaría en cuenta que en la praxis social continuamente se valoran, en el sentido de cuantificar, prestaciones tanto positivas como negativas.[75] En consecuencia, dicho autor junto a sus discípulos LESCH y VAN WEEZEL, así como autores cercanos, al menos en este ámbito, a ese círculo como REYES y ROBLES, pero también defensores del modelo del hecho global [*Gesamttatmodell*] como DENCKER y de la teoría de la imputación recíproca de los aportes [*Lehre der wechselseitigen Tätigkeitsanrechnung*] como KÜPER, pretenden diferenciar "solamente" en virtud del peso de los aportes, es decir, de conformidad con un criterio de valoración cuantitativo.[76]
En aquellos casos en los que esos autores demuestran un mediano interés por el análisis de los criterios para establecer el peso de los aportes de los intervinientes, se puede observar un procedimiento similar, cuyo ejemplo más significativo se encuentra en la monografía de JAKOBS "*Theorie der Beteiligung*". Allí se expone en primera medida una fórmula general, de acuerdo con la cual una contribución será imputada en mayor grado en tanto sea más significativa para el éxito de un proyecto emprendido por varias personas.[77] A continuación se le da un contenido más concreto a dicha fórmula general por medio de "grupos de casos" más específicos: entre el último acto tenga más carácter de que "eso lo puede hacer cualquiera" se debilita en mayor

[75] Así JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 50.

[76] Véase nota 26.

[77] Así JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 51. En sentido similar LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 285; V. WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, 2006, p. 60; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 269; EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2006, pp. 30 s.; EL MISMO, *InDret*, (2), 2012, p. 7.

medida su imputabilidad; las contribuciones en la etapa preparatoria se imputan de manera más intensa en la medida que ellas representen habilidades especiales; etc.[78]

Puesto que esta forma de proceder no permite determinar con la seguridad propia de un sistema categorial basado en criterios cualitativos por dónde transcurre la línea exacta que separa las contribuciones más significativas de las menos significativas, la doctrina mayoritaria argumenta – como se reseñó más arriba – que esto lesionaría el mandato de certeza. No obstante, a pesar de las afirmaciones de los representantes de la posición mayoritaria a favor de una distinción cualitativa entre coautoría y complicidad, en definitiva ellos tampoco realizan una diferenciación de esa naturaleza.

En contra de lo anterior, los partidarios de las teorías estrictas de la coautoría podrían argumentar que la intervención durante la fase ejecutiva como requisito esencial de la coautoría constituye un elemento cualitativo que posibilita una delimitación más precisa. Este argumento, sin embargo, es fácilmente refutable, pues dichos autores consideran que ese es solo *uno* de los *varios* requisitos de la coautoría, el cual, fuera de todo, no es privativo de dicha figura. Al igual que los defensores de las teorías flexibles, que es la tesis defendida por la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina alemanas y de acuerdo con la cual dicha figura no está restringida a la fase ejecutiva, aquellos exigen *adicionalmente* que el aporte constitutivo de coautoría sea de una calidad –en realidad y de manera más precisa, como ya se verá, de una *magnitud*– específica, pues de otra manera las contribuciones propias de complicidad prestadas durante la etapa ejecutiva podrían convertirse en aportes de coautoría. Dicho de otra manera, toda vez que en la doctrina y la jurisprudencia se reconoce de forma unánime la existencia de una complicidad (física) durante la fase ejecutiva, el elemento diferenciador de la coautoría no puede radicar en el momento de la prestación del aporte, sino únicamente en que la magnitud de los aportes de los coautores es mayor que la de los cómplices. En ese sentido, para la constitución de la coautoría BLOY, como representante de la concepción estricta, exige que se alcance "el peso mínimo necesario del aporte al hecho",[79] mientras que KÜHL, en representación de la concepción flexible, considera que el aporte "tiene que ser de un cierto peso y significado para el éxito del hecho",[80] con lo cual terminan prohijando nada más y nada menos que una valoración cuantitativa,[81] pues "peso" y "significado" son propiedades que poseen todos los aportes para el fomento y/o ejecución de una conducta delictiva, por lo que la diferencia radica solamente en su mayor o menor *quantum* (grado).

Así pues, como la distinción entre los aportes que constituyen complicidad o coautoría por parte de la posición mayoritaria también se enmarca en una valoración de naturaleza

---

[78] Así JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 50 ss. Véase también LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 286; V. WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, 2006, pp. 60 s.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 269 ss.; EL MISMO, *InDret*, (2), 2012, pp. 7 s. Para una concreción, por medio de grupos de casos, de las magnitudes de los comportamientos omisivo y activo que concurren en un mismo hecho véase en detalle ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2006, pp. 75 ss.; EL MISMO, *InDret*, (2), 2012, pp. 18 ss.

[79] BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 369.

[80] KÜHL, *AT*, 8ª ed., 2017, § 20 nm. 107.

[81] A esta misma conclusión llegan KLESCZEWSKI, *AT*, 3ª ed., 2017, nm. 619; FRISTER, *FS-Dencker*, p. 131; HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, p. 38; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF-RENZIKOWSKI, *AT,* t. II, 8ª ed., 2014, § 49 nm. 38 s.

cuantitativa, lo que interesa finalmente en esta discusión es si ella puede aprehender de manera más precisa el peso y el significado de los aportes. Para ello ROXIN acude a una fórmula que se basa en el denominado dominio funcional del hecho negativo. De acuerdo con ella solo se podría hablar de un aporte relevante cuando el interviniente "realice una función de la cual pueda depender el éxito del plan".[82] El problema que el concepto del dominio negativo les genera a sus defensores consiste, de una parte, como se mostró al inicio de esta exposición, en que no permite trazar una línea cualitativa que divida la coautoría de la inducción y la complicidad. Adicionalmente, de este criterio tampoco es posible deducir con seguridad matemática en qué casos los intervinientes tienen el poder de hacer fracasar la empresa delictiva, por lo que sus partidarios también se ven en la necesidad de concretar esa fórmula general mediante "casos ejemplificativos".[83] Así, por ejemplo, consideran que presta un aporte relevante quien realiza "una porción del tipo".[84] "Pero también acciones durante la etapa ejecutiva que no son típicas fundamentan una coautoría cuando son importantes para la realización típica".[85] La importancia [*Wichtigkeit*] del aporte (la cual no es explicada y simplemente es utilizada como un sinónimo de relevancia [*Erheblichkeit*], por lo que se trata de una argumentación circular) se presentaría, por ejemplo, cuando alguien sujeta a la víctima de

[82] ROXIN, *AT,* t. II, 2003, § 25 nm. 211 s. Así también JOECKS, «§ 25», *MK-StGB*, 3ª ed., 2016, nm. 222; SCHÜNEMANN, «§ 25», *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, nm. 188 ss.; véase asimismo KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, pp. 60 s.; EL MISMO, *JZ*, 1979, p. 786.

[83] El concepto de la (co-)autoría como "relación de pertenencia" defendido por MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, Lec. 14 nm. 32, en sus consecuencias ampliamente coincidente con la posición de ROXIN, es igualmente muy abierto, pues en abstracto no es posible afirmar en relación con todas las posibles clases de aportes si ellos constituyen o no "una parte esencial de la realización del plan" (MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, Lec. 15 nm. 13), por lo que también en este caso será necesario recurrir a casos ejemplificativos para concretizar la fórmula general de la (co-)autoría como pertenencia del delito. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REJ*, (10), 2008, en el marco del Derecho penal español, rechaza el dominio negativo (del hecho) como criterio para diferenciar la coautoría de la cooperación necesaria y propone en su lugar "la determinación objetiva y positiva del hecho" (pp. 19 s., 30 ss.), considera que la distinción entre cooperación necesaria y (mera) complicidad debería tener como "eje central [...] la esencialidad de la contribución, concretada en mi opinión y a modo de ejemplos no cerrados en la escasez de la misma o en el condicionamiento de la actuación de los autores a la aportación del cooperador [...]" (p. 50). De allí puede concluirse sin mucha dificultad que la posición de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO coincide ampliamente con la de los defensores (alemanes) del dominio negativo en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, existe una gran consonancia respecto del problema material de fondo, pues en ambos casos de lo que se trata es de delimitar dos conceptos que representan un grado diferente de injusto (coautoría de complicidad por el lado de los defensores [alemanes] del dominio negativo y cooperación necesaria de mera complicidad en el caso de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO), a los cuales se les atan consecuencias penológicas de diversa magnitud (la pena "ordinaria" para la coautoría [defensores del dominio negativo] y la cooperación necesaria [DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO] frente a una pena atenuada obligatoriamente para la complicidad [defensores del dominio negativo] y la mera complicidad [DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO]). En segundo lugar, el criterio rector y el procedimiento para dotar de contenido material y, de esta manera, delimitar dichos pares conceptuales (coautoría de complicidad, por un lado, y cooperación necesaria de mera complicidad, por el otro) es prácticamente el mismo, pues en ambos casos se toma como elemento central la relevancia o esencialidad de la conducta que debe ser concretizada posteriormente a través de grupos de casos. Lo anterior deja en evidencia que esa forma de proceder (compartida y defendida principalmente por los partidarios de la tesis cuantitativa), lejos de representar una actitud de desdeño frente al mandato de certeza, es la consecuencia de intentar diferenciar materialmente de la forma más precisa y justa posible en un ámbito caracterizado por su naturaleza gradual y borrosa.

[84] Así JOECKS, «§ 25», *MK-StGB,* 3ª ed., 2016, nm. 222; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 63 III, 1; ROXIN, *AT,* t. II, 2003, § 25 nm. 211; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 12 nm. 91; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 47ª ed., 2017, nm. 760.

[85] ROXIN, *AT,* t. II, 2003, § 25 nm. 211.

unas lesiones o presta guardia para garantizar que un hurto se pueda ejecutar sin contratiempos. Por el contrario, carecerían de relevancia o importancia aportes como el de quien anima a otro en el marco de un ataque a la integridad de una víctima determinada o le facilita una bebida refrescante al ladrón durante la etapa ejecutiva.[86]

Ya que el procedimiento de la posición mayoritaria para establecer la relevancia o importancia de los aportes no logra generar un mayor grado de precisión que el empleado por los partidarios de la posición minoritaria que abogan abiertamente por una valoración netamente cuantitativa, KLESCZEWSKI argumenta que la concepción mayoritaria, la cual tendría en este sentido una gran similitud con la "valoración global similar a la de la medición de la pena" por parte de la jurisprudencia, atentaría contra el mandado de certeza y que solamente su teoría de la agresión [*Angriffstheorie*] estaría en capacidad de ofrecer una distinción cualitativa y, por consiguiente, de garantizar el respeto a dicho mandato.[87] De acuerdo con dicha teoría, mientras que en la coautoría cada quien tendría que agredir por sí mismo a la víctima, la complicidad se caracterizaría porque se pondría al autor principal en capacidad técnica de realizar el hecho delictivo.[88] A KLESCZEWSKI se le debe reconocer que el criterio de la agresión permite una distinción más precisa que los procedimientos para valorar la magnitud de los aportes practicados por las posiciones minoritaria y mayoritaria.

No obstante, el precio que la teoría de la agresión debe pagar por su mayor grado de precisión es tan alto que debe ser rechazada, pues ella conduce a excluir del ámbito de la coautoría aportes absolutamente relevantes (en determinadas situaciones quizás los más importantes de toda la empresa delictiva), si es que no constituyen una agresión a la víctima. Así pues, contribuciones como la planeación detallada y la coordinación impecable de una acción delictiva durante la fase preparatoria y aportes muy relevantes durante la fase ejecutiva que, sin embargo, no constituyen una agresión, tendrían que ser encuadrados en el ámbito de la complicidad, de tal caso que estos intervinientes terminarían siendo privilegiados con una atenuación punitiva considerable.[89] De esta manera KLESCZEWSKI termina desconociendo un principio que es por lo menos igual de importante que el mandato de determinación, a saber, el de la aplicación igualitaria de la ley, pues su teoría no logra asimilar que existen aportes que, a pesar de no constituir una agresión a la víctima, tienen la misma relevancia o importancia que

[86] Así ROXIN, *AT,* t. II, 2003, § 25 nm. 211; EL MISMO, *TuT*, 9ª ed., 2015, p. 766. En este mismo sentido SCHÜNEMANN, «§ 25», *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, nm. 188. Véase también JOECKS, «§ 25», *MK-StGB*, 3ª ed., 2016, nm. 222 ss.

[87] Véase KLESCZEWSKI, *AT*, 3ª ed., 2017, nm. 616 ss.

[88] KLESCZEWSKI, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat*, 1998, pp. 252 ss.

[89] En sentido similar SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, pp. 97 ss. –para quien los conceptos de la intervención delictiva constituyen "forma[s] o expresion[es] de responsabilidad" (p. 103)– considera que el grado máximo de responsabilidad por el delito no debe atarse a la "aparición fenomenológica" de la actuación en último lugar, lo cual sería especialmente grave en el ámbito de "la imprudencia, en supuestos donde la responsabilidad está muy alejada del momento de aparición del resultado lesivo", pues ello "conduce a insoportables lagunas de punibilidad" (p. 98). También resalta la independencia de la importancia del aporte del momento fenomenológico de su prestación MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., Lec. 15 nm. 13 s.

los aportes que sí tienen ese carácter, por lo que su grado de injusto no se encuentra por debajo del de estos.[90]

Si bien sería absolutamente deseable desde el punto de vista de la seguridad jurídica que existiese una fórmula cerrada que permitiera distinguir categóricamente entre los aportes constitutivos de complicidad y coautoría, aquí ha quedado en evidencia una y otra vez que la materia objeto de análisis se resiste a una comprensión de esa naturaleza.[91] Así pues, la postura más adecuada para aprehender la magnitud de los aportes a un hecho común es la que pone en un primer plano el carácter valorativo de la cuestión sobre el peso (esto es, la magnitud) de los aportes de los intervinientes, tal y como es defendida por los partidarios de una distinción netamente cuantitativa y con la cual la doctrina mayoritaria, a pesar de su discurso a favor de una distinción cualitativa, concuerda en el fondo.[92] En consecuencia, aquí se procederá de la misma manera en que lo hacen esas dos posiciones: primero se desarrollará una *fórmula general* que luego podrá ser precisada mediante *grupos de casos (ejemplificativos)*.

Al constituir una dimensión graduable aquí no se trata de establecer si los intervinientes ejercieron o no una influencia sobre el hecho, lo cual sería una distinción binaria, sino de la medida o el grado en que han influenciado el suceso típico en su manifestación concreta. Así pues, para establecer si los diferentes aportes pertenecen al ámbito de la influencia fuerte (polo superior) o a aquel de la influencia débil (polo inferior) no es posible acudir a una constante, como la que fija por ejemplo la teoría de la agresión de KLESCZEWSKI. Lo que es realmente imprescindible es un *juicio comparativo* que permita conmensurar los distintos aportes, sobre lo cual WEIßER llama la atención de manera ejemplar: "un juicio sobre la manera de la intervención delictiva en un hecho global solo puede tener sentido cuando se lleva a cabo en relación con los aportes prestados individualmente. La relevancia de cada aporte individual para el hecho global varía dependiendo de la medida de la división del trabajo. Entre más aportes confluyan al final, más pequeña será la porción que le transmite a cada uno una posición determinante sobre el hecho en comparación con los demás intervinientes".[93] Así pues, el polo superior de esta dimensión se encuentra donde uno o más aportes, comparados con los demás, ejercen una fuerte influencia sobre el suceso típico, mientras que el o los aportes que comparativamente influyen de manera más débil sobre el hecho delictivo en su manifestación concreta marcan el polo inferior.[94]

---

[90] El intento de KLESCZEWSKI de solucionar ese problema mediante la teoría de la necesidad tampoco logra convencer. Sobre las razones para ello véase OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 332 ss.

[91] En un sentido similar respecto de la distinción entre las figuras de la complicidad necesaria y no necesaria en el ámbito del Derecho penal español BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, pp. 96, 124 s.

[92] En sentido similar WEIßER, *Täterschaft in Europa*, 2011, p. 504, quien sostiene que la doctrina mayoritaria fundamenta la autoría en estos casos con base en una "valoración de todas las circunstancias de la realización del tipo" y le reprocha adicionalmente que oculte el carácter valorativo de dicho juicio.

[93] WEIßER, *Täterschaft in Europa*, 2011, pp. 506 s. En sentido similar JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 21 nm. 49; LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 284 ss.; V. WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, 2006, pp. 60 ss.; ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2012, pp. 5 ss.

[94] Por las razones expuestas en el apartado dedicado a la primera dimensión para la graduación de la intervención delictiva tampoco es necesario introducir uno o más puntos intermedios en esta segunda dimensión.

Toda vez que esta conceptualización del problema no contempla una constante como línea divisoria de los ámbitos de la influencia fuerte y débil, es prácticamente seguro que los partidarios de una delimitación cualitativa le objeten a la fórmula general acabada de exponer que sería demasiado indeterminada y que, por lo tanto, constituiría una lesión del mandato de certeza. A esta (probable) crítica se le debe conceder sin ningún reparo que la localización exacta de los polos en todos los casos posibles no se encuentra previamente establecida. Esto, sin embargo, no conduce de ninguna manera a que ellos sean ubicados de manera arbitraria en los casos específicos. Puesto que solo allí, es decir, sobre la base de un contexto específico, es posible realizar una comparación, los polos no son fijados en un punto cualquiera, sino que son concretados de conformidad con la fórmula general. Así, por ejemplo, quien abastece con alimentos y bebidas durante la fase ejecutiva a una banda criminal ejerce por lo general una influencia muy leve sobre el suceso típico, por lo que su aporte probablemente marcará el punto más bajo de esta dimensión; no obstante, esto no tiene por qué ser siempre así, como cuando el abastecimiento ocurre en un lugar remoto luego de superar muchos controles de las autoridades y de ello depende la continuación del plan criminal y, en definitiva, el éxito de toda la empresa delictiva.

Aquí vale la pena llamar la atención sobre el hecho que los representantes de la concepción dominante e incluso el propio KLESCZEWSKI, quien acude a la teoría de la necesidad para contornear el ámbito de la complicidad, se ven obligados a proceder de esta misma manera, pues la cuestión de si alguien realiza una función de la cual depende el éxito del plan (ROXIN) o presta un aporte necesario para la ejecución del delito (KLESCZEWSKI) no puede ser resuelta en abstracto, sino que es imprescindible tomar en consideración las circunstancias específicas del caso concreto.[95]

La falta de *absoluta* precisión de la fórmula general (lo cual es consecuencia de la naturaleza propia de la materia objeto de regulación, esto es, de su naturaleza gradual, y afecta en igual medida a otras teorías como se acabó de mostrar) puede ser reducida aún más, de manera similar a como lo hacen las posiciones minoritaria y mayoritaria expuestas más arriba, a través de la elaboración de grupos de casos ejemplificativos en los que los aportes de los intervinientes constituyen una influencia fuerte o débil sobre el suceso típico.[96] Puesto que

[95] Ya en este sentido GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, pp. 130 ss., según el cual para establecer la escasez de una cosa o actividad (como elemento fundante de la cooperación necesaria del Derecho penal español) se debe "pronunciar primero un juicio *general y provisional*" que "se convierte en *definitivo* cuando el examen de los factores generales es completado por el de los particulares" (pp. 130 s., cursivas en original).

[96] Si bien es posible que después de este procedimiento para precisar la fórmula general y, de esta manera, los polos de esta dimensión, puedan subsistir algunas dudas o imprecisiones, esto no afecta a la mayoría de los eventos, sino solamente a los denominados casos límite. Al respecto PUPPE, *GS-Armin Kaufmann*, p. 24 advierte con razón que las "discusiones, aún cuando la determinación conceptual general parezca muy diferente, se refieren solo a las zonas marginales de la extensión del concepto. Por suerte para la seguridad y la claridad jurídicas la disputa sobre el concepto de autor correcto entre las teorías objetiva y subjetiva no es, en términos generales, relevante en cada caso práctico". En aquellos eventos (excepcionales) en los que no pueda establecerse de manera más o menos clara si el aporte concreto ejerce una influencia fuerte o débil sobre el suceso típico, se debe optar siempre por la segunda alternativa en observancia del principio "in dubio pro reo", por lo que la forma de proceder aquí propuesta no genera ningún tipo de reparos desde la óptica de los principios del Estado de Derecho (asimismo LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 285; véase también HEINE/WEIßER, «§ 25», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29ª ed., 2014, nm. 76).

para destilar grupos de casos ejemplificativos se deben tener en cuenta las circunstancias particulares de determinados contextos delictivos, esta es una labor que solo puede desarrollarse en el marco de investigaciones específicas más extensas y que, por lo tanto, excede las finalidades aquí perseguidas.[97]

d. Interconexión de las dimensiones en una serie tipológica

Luego de haber analizado las dimensiones comunes y sus respectivos polos finalmente es posible fijar grados de intervención delictiva en una serie tipológica. Este escalonamiento de grados de intervención delictiva, fuera de que capta de manera mucho más adecuada la naturaleza gradual del problema materia de estudio, permite regular consecuencias jurídicas progresivas. En consecuencia, un interviniente tendrá que ser castigado de manera más severa entre más fuerte sea su influencia sobre el hecho o, dicho en sentido inverso, su pena deberá ser más benigna en la medida que dicha influencia resulte más débil.

Puesto que esta conclusión se restringe al sistema *interno* de la teoría de la intervención delictiva, a partir de ello no es posible deducir si la intervención delictiva, comparada con otros factores que también son relevantes para la cuantificación del injusto y la pena, no tiene un papel protagónico, por lo que debe ser valorada (cuantificada) junto con esos otros criterios dentro de un determinado marco penal, o si, por el contrario, juega un rol tan importante que a sus diversos grados se deben atar marcos penales escalonados en cuyo interior son valorados esos otros criterios, lo cual coincide en cierta medida con la estructuración positiva del problema en ordenamientos jurídicos como el alemán, el español y el colombiano.

Evidentemente aquí no es posible determinar cuál de esas dos opciones es más adecuada, pues a una conclusión tal solamente podría arribarse en el marco de investigaciones mucho más amplias que tengan por objeto un análisis general de los momentos más relevantes para cuantificar el injusto y la pena. No obstante, el modelo de graduación de la intervención que se propondrá a continuación es compatible con ambas alternativas. Para ello debe recordarse que las distinciones en el ámbito de la intervención delictiva no son de carácter cualitativo, por lo que no es posible afirmar de manera inequívoca que una determinada subdivisión de los grados de intervención delictiva es la única correcta desde el punto de vista axiológico-conceptual. Por el contrario, como nos encontramos ante una materia gradual, por lo que entran en consideración posibilidades infinitas de graduación, la precisión con la que se pretende aprehender los grados de intervención delictiva es finalmente una cuestión de *conveniencia* y *practicabilidad*. En consonancia con ello las siguientes consideraciones apuntan a formular una serie tipológica que, por un lado, tenga *potencial diferenciador* y pueda por lo tanto garantizar *justicia material* en los casos concretos, observando así los principios de culpabilidad y proporcionalidad (responsabilidad por y en la medida de los respectivos aportes al hecho común), y que, por el otro, permita condensar todos los grados imaginables de intervención delictiva en un *número reducido de casos típicos*, para de esta manera observar el *mandato de certeza*.

[97] Un ejemplo del análisis de casos típicos en los cuales los aportes de los intervinientes ejercen una influencia fuerte o débil sobre el suceso puede verse en OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 348 ss. en relación con el problema de la intervención delictiva en el marco de aparatos organizados de poder.

En el sentido de la primera de esas alternativas se pronuncia DENCKER en el libro homenaje a LÜDERSSEN, donde realiza una serie de propuestas para reformar la regulación de la intervención delictiva en el Código penal alemán. Allí dicho autor argumenta que existe la necesidad urgente de discutir si y en qué medida la diferenciación de marcos penales puede basarse en la distinción entre autores y partícipes.[98] En caso de que la conclusión de un debate de esa naturaleza fuese que la diferenciación de grados de intervención delictiva no es tan importante como para hacer corresponder con ella diversos marcos penales, la magnitud de la intervención individual debería ser tenida en cuenta de todas maneras en el ámbito de la medición de la pena, pues en la actualidad se reconoce de forma general que este aspecto ha de tener algún tipo de repercusión sobre el quantum de la pena de cada interviniente. Así pues, en esta primera hipótesis los grados de intervención delictiva le servirían al juez como patrones para la medición concreta de la pena.

Si se parte de la premisa de que en estos eventos se deben tomar en consideración una buena cantidad de aspectos de la intervención delictiva puesto que ellos podrían ser valorados únicamente en este ámbito, esto es, en el de la medición concreta de la pena, parece entonces que lo más adecuado sería construir una serie tipológica que combine las dos dimensiones, pero sin hacer uso de una posible compensación entre sus grados de intensidad. En este caso la serie tipológica tendría la siguiente estructura. En su parte más baja estaría el tipo de la influencia *mínima* sobre el hecho, que se presentaría en el caso de una influencia débil sobre los co-intervinientes o sobre el suceso típico. Un poco más arriba se encontraría la influencia *menor*, la cual se compondría de la influencia débil sobre los co-intervinientes y la influencia débil sobre el suceso típico. En el medio de la escala estaría el tipo de la influencia *intermedia* sobre el hecho que se configuraría cuando un interviniente ejerce una influencia fuerte sobre otro interviniente o sobre el suceso típico. Una mayor intensidad tendría la influencia *mayor* que se presentaría cuando la influencia fuerte sobre los co-intervinientes confluye con la influencia débil sobre el suceso típico o viceversa. En el otro extremo de la serie estaría el tipo de la influencia *máxima* sobre el hecho, el cual se presentaría cuando un interviniente ejerce una influencia fuerte tanto sobre los co-intervinientes como sobre el suceso típico.

Si se considera que un nivel de precisión tan elevado no es necesario[99] y que, por el contrario, los grados de intervención delictiva deben ser más extensos para garantizarle un mayor margen de acción a los jueces, sería mejor acudir a la posibilidad compensatoria y a conexiones positivas y negativas para formular una serie con un menor número de grados de intervención delictiva, pero que tengan un mayor alcance. En este caso el nivel superior de la serie tipológica estaría constituido por la influencia *grave* sobre el hecho, en la cual la intensidad débil de una de las dos dimensiones podría ser compensada por la fuerte intensidad de la otra. Puesto que una compensación solo es posible cuando las dos dimensiones se presentan en diferentes niveles de intensidad, se configuraría una influencia *moderada* cuando alguien ejerce únicamente una influencia fuerte sobre otro interviniente o sobre el suceso típico. En el punto inferior de la serie tipológica de la intervención delictiva se encontraría la influencia *leve* sobre el hecho, la cual se caracterizaría porque no se presenta una influencia fuerte ni sobre los co-intervinientes ni sobre el suceso típico.

---

[98] Véase DENCKER, en PRITTWITZ *et al* (eds.), *FS-Lüderssen*, pp. 526 ss.

[99] Véase MAURER, *Komparative Strafzumessung*, 2005, pp. 209 s.

Como se explicó más arriba, la estructura de una serie tipológica de la intervención delictiva depende en gran medida del grado de precisión con el que se pretende aprehender la magnitud de los aportes, para de esta manera posibilitar una medición de la pena más adecuada y razonable al contar con parámetros que se encuentran en una relación progresiva. Mientras que la tipificación de cinco grados de la influencia sobre el hecho logra captar las diferencias relevantes desde el punto de vista de la intervención delictiva de manera bastante detallada, lo que sin embargo le puede parecer demasiado rígido al juez, la serie tipológica de tres grados permite un buen margen de libertad sin tener que renunciar a una tipificación precisa de las diferencias más relevantes, por lo que aquí se optará por esta segunda opción.[100] En consonancia con ello no parece aconsejable una reducción de la serie tipológica a solo dos niveles de intensidad, uno superior y otro inferior, puesto que una gran cantidad de diferencias significativas en cuanto a la magnitud de la intervención no podrían ser aprehendidas adecuadamente y, en consecuencia, el objetivo de una medición de la pena de acuerdo con el quantum de la intervención se vería seriamente afectado. Adicionalmente, esto albergaría el peligro de que los jueces, al no disponer de un catálogo más rico con un nivel intermedio, se apartaran de los parámetros generales para establecer el grado de la intervención delictiva – sobre todo en aquellos casos límites, en los que la clasificación consecuente de los aportes de un interviniente en uno de esos dos niveles podría ser vista como "injusta" – con la finalidad de graduar la pena de manera más "justa", de tal manera que sus decisiones se volverían imprevisibles y quedarían sometidas por lo tanto a la objeción de la arbitrariedad.[101]

Ahora bien, si en la discusión sobre los factores más relevantes para graduar la pena se llegara a la conclusión de que la intervención delictiva es tan importante que no debería ser valorada junto con otros criterios dentro de un marco penal ya establecido (primera alternativa), sino que se deberían fijar marcos penales progresivos de acuerdo con sus grados de intensidad, dentro de los cuales se valorarían los factores restantes (segunda alternativa),[102] también entran en consideración varias posibilidades para estructurar la serie tipológica.

Para ello deben tenerse en cuenta sobre todo dos aspectos. En primera instancia, los diferentes tipos no deben reflejar cualquier tipo de diferencias sobre los grados de intervención delictiva, sino únicamente *las más relevantes*, pues a ellos se vinculan diferentes marcos penales que fundamentan un notable tratamiento diferenciado de los intervinientes respecto de la magnitud de la pena. Adicionalmente, puesto que de esta manera se "anticipa" en gran medida la medición de la pena,[103] los tipos y los marcos penales progresivos de allí derivados deben ser

[100] En opinión de V. WEEZEL, *InDret*, (1), 2020, p. 532, mi modelo de la corresponsabilidad con sus tres grados de intensidad en la configuración del hecho constituye "una propuesta altamente plausible para el establecimiento y graduación de la responsabilidad penal de los integrantes de una estructura jerárquica" como en el caso de los denominados aparatos organizados de poder.

[101] En sentido similar DENCKER, *FS-Lüderssen*, p. 529, para quien el caso de la bañera y el caso Staschynskij serían ejemplos paradigmáticos de ese peligro.

[102] Precisamente en esta dirección argumenta LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 199 y 284, para quien las figuras de la intervención delictiva constituyen "tipificaciones de criterios para la medición de la pena" [vertypte Strafzumessungserwägungen] que prevén un marco penal completo o atenuado de manera obligatoria.

[103] Véase FRISCH, en ULSAMER (ed.), *Lexikon des Rechts, Strafrecht und Strafverfahrensrecht*, 1996, 2ª ed., p. 973, de acuerdo con el cual la diferenciación de las figuras de la intervención delictiva "prepara a grandes

lo más amplios posible, para que los jueces tengan a disposición, dentro de cada uno de los marcos penales concretos, un margen de libertad adecuado para valorar otros factores relevantes para la medición de la pena.

A pesar de que existen múltiples opciones para establecer grados de intervención delictiva, la tipificación de tres grados favorecida más arriba en el caso de un equilibrio entre la intervención delictiva y otros factores igualmente relevantes para graduar la pena (primera alternativa) logra atender de manera adecuada esos dos aspectos, por lo que también se optará por ella para fijar la correlación entre grados de intervención delictiva y marcos penales progresivos (segunda alternativa). De una parte, comparada con una tipificación de solamente dos grados, gracias a la introducción del nivel intermedio puede aprehender de mejor manera los casos de una gravedad media, los cuales, por lo tanto, no tienen que ser ubicados forzosamente en el nivel superior o en el inferior. De la otra, ya que se renuncia a una tipificación aún más detallada como en el caso de cinco grados de intervención delictiva expuestos anteriormente, el juez tiene un margen de libertad lo suficientemente amplio para una adecuada medición de la pena.[104]

En contra de los temores habituales en la literatura penal frente a una distinción cuantitativa de la intervención delictiva, las reflexiones anteriores han demostrado que desde esta perspectiva se puede proceder incluso de manera más precisa y diferenciada que lo que lo hace la doctrina mayoritaria sobre la base de criterios cualitativos.[105] Si bien la tipificación de tres grados de intervención delictiva, a saber: de la influencia sobre el hecho grave, moderada o leve, no es necesaria en un sentido estricto sistemáticamente, ello no significa para nada que el tratamiento que se le ha dado aquí a este problema sea arbitrario. En contraposición a la doctrina mayoritaria, que pretende trazar líneas divisorias cualitativas por una materia que se

---

rasgos una medición de la pena diferenciada". En esa misma dirección ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2012, p. 5.

[104] Eso se ve facilitado adicionalmente por el hecho de que los marcos penales no estarán en una secuencia lineal, en la que el punto más alto del marco penal inferior linda con el punto más bajo del marco penal superior. En contra de una tal delimitación de los marcos penales (a la cual conduciría la aplicación consecuente, en el marco de la medición de la pena, de la diferenciación cualitativa entre autoría y participación en el ámbito del injusto prohijada por la posición mayoritaria), de acuerdo con la tesis aquí defendida de una distinción cuantitativa expresada en conceptos tipológicos, los marcos penales deben encontrarse en una relación progresiva en la que sus extremos se entrelazan, lo que permite darle una mejor solución a los denominados casos límites.

[105] A esta misma conclusión arriba V. WEEZEL, *InDret*, (1), 2020, p. 531 en su recensión a mi tesis doctoral (OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018): "Que este modelo permite una fundamentación más precisa y diferenciada de los grados de responsabilidad, en comparación con el rendimiento de las concepciones tradicionales, queda de manifiesto al aplicarlo a la responsabilidad individual de quienes forman parte de un aparato organizado de poder. Esta fundamentación no solo es compatible con el Derecho vigente, sino que constituye una propuesta sistemáticamente coherente para dar contenido a las distinciones que contempla la propia ley". – En relación con este último aspecto, ROXIN, aunque reconoce que mi tesis doctoral constituye un "trabajo rico en contenidos e información" (TuT[10], § 44 nm. 410), considera que el modelo de la corresponsabilidad con sus tres grados de influencia sobre el hecho es difícilmente compatible con el Derecho positivo alemán (TuT[10], § 44 nm. 411 s.). Si bien la concepción allí desarrollada se concibe en primera línea como una revisión crítica de la teoría de la intervención delictiva y, por lo tanto, como un aporte a la discusión sobre la necesidad de replantear la regulación legal y su manejo por parte de la jurisprudencia y la doctrina, allí se muestra que dicha concepción también es aplicable en el marco de una regulación positiva como la alemana (OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, p. 344 ss.).

caracteriza por su naturaleza gradual y, por consiguiente, por sus fronteras borrosas, aquí se ha tomado en serio ese carácter particular de la intervención delictiva y, a su vez, asumido el reto de aprehenderla de la mejor manera posible mediante la formulación de una serie tipológica de los grados de intervención delictiva. Así pues, el sistema abierto de la graduación de los aportes aquí propuesto es, para culminar con una pareja terminológica de la iusfilósofa W. LÜBBE, el resultado de un "análisis exacto de fronteras imprecisas" y no de un "análisis inexacto de fronteras precisas".[106]

4. Bibliografía

AMELUNG (2006), «Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohtem Verhalten», en HOYER *et al* (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 147 ss.

BAUER (1840), *Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse*, t. I, Dieterich, Gotinga.

BERNER (1863), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2ª ed., Bernhard Tauchnitz, Leipzig.

BIRKMEYER (1890), *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts*, Liebmann, Berlín.

BLOY (1985), *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín.

BOLEA BARDON (2004), *La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona.

——————— (2000), *Autoría mediata en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

BYDLINSKI (2011), *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª ed., Verlag Österreich, Viena/Nueva York.

CANARIS (1983), *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.

CORNACCHIA (2007), «Fahrlässige Mitverantwortung», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, Colonia/Berlín/Múnich, pp. 53 ss.

DENCKER (2002), «Beteiligung ohne Täter», en Prittwitz *et al* (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, pp. 525 ss.

——————— (1996), *Kausalität und Gesamttat*, Duncker & Humblot, Berlín.

[106] LÜBBE, *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, 1998, p. 144 nota 220, quien adicionalmente advierte en relación con el peso de los aportes que "incluso empleando la máxima perspicacia siempre queda un margen de discreción que no es posible reducir" (p. 144).

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2017), «Un diálogo crítico con Claus Roxin y su teoría de la autoría», *Cuadernos de Política Criminal* 123, pp. 6 ss.

——————— (2008), «Autoría y participación», *Revista de Estudios de la Justicia* 10, pp. 13 ss.

DUTTGE (2003), «Zum typologischen Denken im Strafrecht – Ein Beitrag zur „Wiederbelebung" der juristischen Methodenlehre», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, t. 11, pp. 103 ss.

EBRAHIM-NESBAT (2006), *Die Herausbildung der strafrechtlichen Teilnahmeformen im 19. Jahrhundert*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

FISCHER (2017), *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 64ª ed., C.H. Beck, Múnich.

FRANK (1931), *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18ª ed., J.C.B. Mohr, Tubinga.

FREUND (2009), *Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre*, 2ª ed., Springer, Berlín.

FRISCH (2015), «Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 65 ss.

——————— (1996), «Täterschaft und Teilnahme», en ULSAMER (ed.), *Lexikon des Rechts, Strafrecht und Strafverfahrensrecht*, 2ª ed., Luchterhand, Neuwied, pp. 972 ss.

FRISTER (2015), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª ed., C.H. Beck, Múnich.

——————— (2012), «Zum Strafgrund von Mittäterschaft und Teilnahme», en DEGENER/HEGHMANNS (eds.), *Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tubinga, pp. 119 ss.

GALLAS (1968), «Täterschaft und Teilnahme», *Beiträge zur Verbrechenslehre*, De Gruyter, Berlín, pp. 78 ss.

GIMBERNAT ORDEIG (1966), *Autor y cómplice en Derecho penal*, Universidad de Madrid, Madrid.

GOSEPATH (2012), «Politische Verantwortung und rechtliche Zurechnung», en KAUFMANN/ RENZIKOWSKI (eds.), *Zurechnung und Verantwortung*, Nomos, Stuttgart, pp. 17 ss.

GÓRRIZ ROYO (2008), *El concepto de autor en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

HÄLSCHNER (1881), *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Marcus, Bonn.

——————— (1873), «Die Mitthäterschaft im Sinne des deutschen Strafgesetzbuches», *Der Gerichtssaal, (25)*, pp. 80 ss.

HAAS (2008), *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen. Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre*, Duncker & Humblot, Berlín.

HASSEMER (1968), *Tatbestand und Typus – Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Carl Heymanns Verlag, Colonia/Berlín.

HEIDBRINK (2003), *Kritik der Verantwortung – Zu den Grenzen verantwortlichen Handelns in komplexen Kontexten*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist.

HEINE/WEIßER (2014), «§ 25», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29ª ed., C.H. Beck, Múnich.

HEMPEL/OPPENHEIM (1936), *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik – Wissenschaftstheoretische Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie*, Sijthoff, Leiden.

HÖRNLE (1999), *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlín.

HRUSCHKA (1998), «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (110),* pp. 581 ss.

INGELFINGER (1995) «„Schein"-Mittäter und Versuchsbeginn», *JuristenZeitung*, pp. 704 ss.

JAKOBS (2014), *Theorie der Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tubinga.

——————— (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

——————— (2011), «Mittäterschaft als Beteiligung», en PAEFFGEN *et al* (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 547 ss.

——————— (2009), «Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, pp. 572 ss.

——————— (2003), «Beteiligung», en DÖLLING (ed.), *Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 561 ss.

——————— (1992*), Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, C.H. Beck, Múnich.

——————— (1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., De Gruyter, Berlín.

JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.

JOECKS/MIEBACH (2016), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3ª ed., C.H. Beck, Múnich.

JOERDEN (2011), «Anstiftung als Aufforderung zu freiverantwortlichem deliktischem Verhalten», en PAEFFGEN *et al* (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 563 ss.

——————— (1988), *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, Duncker & Humblot, Berlín.

KAUFMANN (1982), *Analogie und „Natur der Sache" – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2ª ed., Decker & C. F. Müller, Heidelberg.

KINDHÄUSER (2017), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Nomos, Baden-Baden.

KLESCZEWSKI (2017), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Leipziger Universitätsverlag, Leipzig.

——————— (1998) *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat. Grundlegung zu einer strafrechtlichen Lehre von Täterschaft und Teilnahme* (https://strafrecht.jura.uni-leipzig.de/download/0/0/1928326634/444486d2ec64b2f6d73b41e673b5a9e157a7c11a/fileadmin/strafrecht.jura.uni-leipzig.de/uploads/dokumente/Forschung/HabilitationKlesczewski.pdf).

KÖHLER (1997), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín/Heidelberg/Nueva York.

KÖSTLIN (1855), *System des deutschen Strafrechts, Erste Abtheilung, Allgemeiner Theil*, Verlag der Laupp'schen Buchandlung, Tubinga.

——————— (1845), *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Laupp, Tubinga.

KÜHL (2017), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Vahlen, Múnich.

KÜPER (1979), «Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten – Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Mittäterschaft», *JuristenZeitung*, pp. 775 ss.

——————— (1978), *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, Decker, Heidelberg/Hamburgo.

KUHLEN (1992), «Regel und Fall in der juristischen Methodenlehre», en HERBERGER *et al* (eds.), *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft Nr. 45, Steiner, Stuttgart, pp. 101 ss.

——————— (1977), *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, Duncker & Humblot, Berlín.

KUTSCHERA (1972), *Wissenschaftstheorie*, t. 1, Fink, Múnich.

KUTZNER (2004), *Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter und der Typus der mittelbaren Täterschaft*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

KOCH/RÜßMANN (1982), *Juristische Begründungslehre – Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, C.H. Beck, Múnich.

LARENZ (1991), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., Springer, Berlín.

LARENZ/CANARIS (1995), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft – Studienausgabe*, 3ª ed., Springer, Berlín.

LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (2007), *Leipziger Kommentar: Strafgesetzbuch, Großkommentar*, 12ª ed., De Gruyter, Berlín.

LENK/MARING (1995), «Wer soll Verantwortung tragen? Probleme der Verantwortungsteilung in komplexen (soziotechnischen-sozioökonomischen) Systemen», en BAYERTZ (ed.), *Verantwortung – Prinzip oder Problem?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, pp. 241 ss.

LESCH (2000), «Gemeinsamer Tatentschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?», *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 73 ss.

——————— (1999), *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns Verlag, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich.

——————— (1994), «Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wilfried Bottke», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 112 ss.

——————— (1992), *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

LÜBBE (1998), *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Alber, Friburgo/Múnich.

LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2001), «Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale», en SCHÜNEMANN *et al* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlín/Nueva York, pp. 575 ss.

LUZÓN PEÑA (1989), «La "determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 889 ss.

MAIWALD (2006), «Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe – Zur Entstehung der Teilnahmeformen in Deutschland», en HOYER *et al* (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, pp. 283 ss.

MARING (2001), «Verantwortung von Korporationen», en WIELAND (ed.), *Die moralische Verantwortung kollektiver Akteure*, Physica-Verl., Heidelberg, pp. 103 ss.

——————— (2001), *Kollektive und korporative Verantwortung – Begriffs- und Fallstudien aus Wirtschaft, Technik und Alltag*, LIT, Múnich.

MARTÍNEZ-BUJÁN (2019), *La autoría en derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del código penal español)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF (2014), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 2, 8ª ed., C.F. Müller, Heidelberg.

——————— (1989), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 2, 7ª ed., C.F. Müller, Heidelberg.

MAURER (2005), *Komparative Strafzumessung – Ein Beitrag zur Fortentwicklung des Sanktionsrechts*, Duncker & Humblot, Berlín.

MEZGER (1949), *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlín/Múnich.

MIR PUIG (2016), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

MOLINA FERNÁNDEZ (2007), *La Cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

MOROZINIS (2010), *Dogmatik der Organisationsdelikte. Eine kritische Darstellung der täterschaftlichen Zurechnungslehre in legalen und illegalen Organisationsstrukturen aus strafrechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Sicht sowie ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Duncker & Humblot, Berlín.

MYLONOPOULOS (1998), *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

NEUMAIER (2008), *Moralische Verantwortung – Beiträge zur Analyse eines ethischen Begriffs*, Schöningh, Paderborn.

OROZCO LÓPEZ (2019), «Jakobs' Theorie der Beteiligung», en KINDHÄUSER *et al* (eds.), *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, Mohr Siebeck, Tubinga, pp. 585 ss.

——————— (2018), *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten. Eine Untersuchung zur Begründung und Verteilung strafrechtlicher Verantwortlichkeit*, Mohr Siebeck, Tubinga.

PALERMO (2020), «Das eigene Unrecht der Teilnahme an einer fremden Tat?», en HILGENDORF *et al.* (eds.), *Brücken bauen, Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 577 ss.

PAWLIK (2012), *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tubinga.

——————— (2007), «„Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter"? Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht», en DANNECKER *et al* (eds.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, Colonia/Berlín/Múnich, pp. 133 ss.

PHILIPPS (1994), «Ein bißchen Fuzzy Logic für Juristen», en TINNEFELD/WEIS (eds.), *Institutionen und Einzelne im Zeitalter der Informationstechnik*, Oldenbourg, Múnich/Viena, pp. 219 ss.

——————— (1993), «Kompensatorische Verknüpfungen in der Rechtsanwendung – ein Fall für Fuzzy Logic», en MARTINEK *et al* (eds.), *Festschrift für Günther Jahr zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr, Tubinga, pp. 169 ss.

POPPE (2011), *Die Akzessorietät der Teilnahme. Eine kritische Analyse der dogmatischen Grundlagen*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

PUPPE (2016), *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 3ª ed., Nomos, Baden-Baden.

——————— (2014), «Der Typusbegriff, eine Denkform?», en HEFENDEHL *et al* (eds.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlín/Boston, pp. 221 ss.

——————— (2014), *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3ª ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga.

——————— (2013), «Die Architektur der Beteiligungsformen», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 514 ss.

——————— (2007), «Der gemeinsame Tatplan der Mittäter», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, pp. 234 ss.

——————— (1989), «Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz», en DORNSEIFER *et al* (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, pp. 15 ss.

——————— (1984), «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 101 ss.

RADBRUCH (1938), «Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken», *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, t. 12, pp. 46 ss.

REYES ALVARADO (en prensa), «La teoría del dominio del hecho: el fin de un ciclo», en FALCONE (ed.), *¿Autonomía y accesoriedad? Aportes para una teoría de la intervención delictiva post dominio del hecho*, Buenos Aires.

——————— (2007), «Strafbare Beteiligung und objektive Zurechnung», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag, Colonia/Berlín/Múnich, pp. 553 ss.

ROBLES PLANAS (2012), «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret,* (2), 2012, pp. 1 ss.

——————— (2006), *Garantes y cómplices: La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona.

——————— (2003), *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.

RÖHL/RÖHL (2008), *Allgemeine Rechtslehre – Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Carl Heymanns Verlag, Colonia/Múnich.

ROTSCH (2009), *„Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft, Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre*, Mohr Siebeck, Tubinga.

ROXIN (2015), *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., De Gruyter, Berlín/Boston.

——————— (2003), *Strafrecht Allgemeiner Teil, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, t. 2, C.H. Beck, Múnich.

RÜTHERS/FISCHER/BIRK (2016), *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 9ª ed., C.H. Beck, Múnich.

SÁNCHEZ LÁZARO (2008), «Was ist Täterschaft», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 299 ss.

——————— (2004), *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada.

SCHLÖSSER (2004), *Soziale Tatherrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten*, Duncker & Humblot, Berlín.

SCHMIDHÄUSER (1984), *Strafrecht Allgemeiner Teil – Studienbuch*, 2ª ed., Mohr, Tubinga.

SCHÜNEMANN (2010), «Spirale oder Spiegelei? Vom hermeneutischen zum sprachanalytischen Modell der Rechtsanwendung», en HERZOG/NEUMANN (eds.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, C.F. Müller, Heidelberg, pp. 239 ss.

——————— (2006), «Die Rechtfertigung des „Täters hinter dem Täter" und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, pp. 301 ss.

SCHULZ (1980), *Die Bestrafung des Ratgebers – Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe*, Duncker & Humblot, Berlín.

SILVA SÁNCHEZ (2013), *Medio siglo de la dogmática penal alemana (Un punto de vista iberoamericano)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

SINN (2007), *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten. Zurechnung und Freistellung durch Macht*, Mohr Siebeck, Tubinga.

SOTELSEK (2012), *Zur Quantifizierung von Unrecht und Schuld bei vorsätzlichen Tötungen. Ein Beitrag zur Reform der Tötungsdelikte*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

STEIN (1988), *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker & Humblot, Berlín.

STRATENWERTH/KUHLEN (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6ª ed., Vahlen, Múnich.

STRÖKER (1984), *Ich und die anderen – Die Frage der Mitverantwortung*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

TEUBNER (1994), «Die unsichtbare „Cupola": Kausalitätskrise und kollektive Zurechnung», en LÜBBE (ed.), *Kausalität und Zurechnung: Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, De Gruyter, Berlín/Nueva York, pp. 91 ss.

VALDÁGUA (1986), «Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* (98), pp. 839 ss.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (2017), *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá.

VOGEL (2002), «Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht. Zugleich ein Beitrag zu den Regelungsmodellen der Beteiligung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* (114), pp. 403 ss.

——————— (1998), *Juristische Methodik*, De Gruyter, Berlín.

V. WEEZEL (2020), «Recensión a Hernán OROZCO LÓPEZ, Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten, Mohr Siebeck, Tubinga», *InDret,* (1), 2020 pp. 524 ss.

——————— (2006), *Beteiligung bei Fahrlässigkeit. Ein Beitrag zur Verhaltenszurechnung bei gemeinsamem Handeln*, Duncker & Humblot, Berlín.

WEIßER (2011), *Täterschaft in Europa. Ein Diskussionsvorschlag für ein europäisches Tätermodell auf der Basis einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Beteiligungssysteme Deutschlands, Englands, Frankreichs, Italiens und Österreichs*, Mohr Siebeck, Tubinga.

WELZEL (1975), *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, De Gruyter, Berlín/Nueva York.

——————— (1969), *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., De Gruyter, Berlín.

WESSELS/BEULKE/SATZGER (2017), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 47ª ed., C.F. Müller, Heidelberg.

WOLTER (2017), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9ª ed., Carl Heymanns Verlag, Colonia.

ZIPPELIUS (2012), *Juristische Methodenlehre*, 11ª ed., C.H. Beck, Múnich.

InDret
2.2021

Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena

Gonzalo Basso
Universidad Autónoma de Madrid
-

Sumario
-
El artículo presenta una nueva teoría de determinación judicial de la pena que adjudica especial relevancia a consideraciones sistemáticas en la imposición del castigo individual, pero que defiende al mismo tiempo que la magnitud de punición del caso concreto debe corresponderse estrictamente con la gravedad del hecho. Partiendo de las influyentes aportaciones de VON HIRSCH*, el modelo propuesto efectúa una redefinición del concepto, contenido e implicaciones de lo que se debe entender por proporcionalidad cardinal y ordinal, y postula que la pena individual debe surgir de la valoración sincrética de exigencias (sistemáticas) de proporcionalidad cardinal y de exigencias (estrictas) de proporcionalidad ordinal. En última instancia, la teoría esbozada conduce a que el margen de maniobra del que disponen los juzgadores para fijar el castigo del caso concreto se deba ejercitar conforme a un estándar de interpretación restrictiva, exigiéndose una fundamentación reforzada frente a cualquier desviación de la magnitud mínima de punición legalmente prevista.*

Abstract
-
The article presents a new criminal sentencing theory that assigns special relevance to systematic considerations and that, simultaneously, defends that the severity of the individual penalty must correspond strictly to the seriousness of the criminal conduct. In light of VON HIRSCH *´s influential achievements, the theory develops a redefinition of the concept, content and implications of the notions of cardinal and ordinal proportionality, and defends that the individual punishment must arise from the syncretic assessment of (systematic) demands of cardinal proportionality and (strict) demands of ordinal proportionality. Ultimately, the presented model imposes a duty to proceed cautiously following a standard of restrictive interpretation of the margins of judicial assessment in criminal sentencing, which implies that, when anchoring the concrete penalty within the abstract scale, any judicial deviation from the legal mandatory minimum punishment requires an intensified motivation.*

Abstract
-
Der vorliegende Beitrag schlägt eine neue Lehre der Strafzumessung vor, die die besondere Relevanz der systematischen Überlegungen betont und gleichzeitig eine strikte Entsprechung zwischen der Schwere der Strafe und der Schwere der Straftat vertritt. Ausgehend von der von VON HIRSCH *entwickelten einflussreichen Strafzumessungslehre führt das hier aufgebaute Modell zu einer Umformulierung des Begriffs, des Inhalts sowie der Implikationen der sog. Kardinal- und Ordinalproportionalität. Dabei wird vertreten, dass die individuelle Strafe durch eine synkretische Bewertung der (systematischen) Anforderungen Kardinalproportionalität sowie der (strengen) Anforderungen nach Ordinalproportionalität zu bestimmen ist. Aus dem hier entwickelten Gedankengang wird die Schlussfolgerung gezogen, dass der Spielraum, der den Gerichten für die Strafzumessung im Einzelfall zur Verfügung steht, nach einem restriktiven Auslegungsstandard genutzt werden muss. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, jede Abweichung von der gesetzlich vorgeschriebenen Mindeststrafe besonders deutlich zu begründen.*

Title: *Cardinal proportionality and ordinal proportionality in criminal sentencing*

Titel: *Kardinale Proportionalität und ordinale Proportionalität bei der Strafzumessung*

-

Palabras clave: Determinación Judicial de la Pena, Proporcionalidad Cardinal, Proporcionalidad Ordinal.

Keywords: *Criminal Sentencing, Cardinal Proportionality, Ordinal Proportionality.*

Stichwörter: *Strafzumessung, Kardinale Proportionalität, Ordinale Proportionalität.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i2.06

-

InDret

2.2021

Recepción
12/07/2020
-
Aceptación
23/11/2020
-

Índice

-

1. Introducción

2. El estado de la cuestión en el campo conceptual de la determinación judicial de la pena

2.1. Las teorías continentales y anglonorteamericanas de la determinación judicial de la pena

2.2. Tendencias contemporáneas y problemáticas requeridas de ulterior tratamiento

3. Propuesta de una teoría de determinación judicial de la pena orientada hacia el plano sistemático y hacia la proporcionalidad estricta con la gravedad del hecho

3.1. Proporcionalidad cardinal: concepto, contenido e implicaciones de las exigencias cardinales del castigo

a. Concepto

b. Contenido

(i) Consideraciones procedentes de las reglas de determinación de la pena aplicables en supuestos concursales de pluralidad delictiva

(ii) Consideraciones procedentes de dinámicas procesales

(iii) Consideraciones procedentes de principios constitucionales

(iv) Consideraciones procedentes del Derecho penal internacional

(v) Consideraciones emergentes de las teorías de la pena

c. Implicaciones

3.2. Proporcionalidad ordinal: concepto, contenido e implicaciones de las exigencias ordinales del castigo

a. Concepto

b. Contenido

(i) Primer punto de anclaje de la pena en la escala abstracta

(ii) Segundo punto de anclaje de la pena en la escala abstracta

c. Implicaciones

3.3. La interrelación existente entre las exigencias cardinales y ordinales en la fijación judicial de la pena proporcional: la incidencia refleja de lo cardinal en los puntos ordinales de anclaje de la pena concreta en la escala abstracta

4. A modo de conclusión

5. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

La determinación judicial de la pena constituye un campo de enorme complejidad y de gran relevancia práctica[1] en el que el grado de concreción de lo que se busca fundamentar y fijar —castigos precisos— no resulta fácilmente compatible con la formulación de criterios generales suficientemente determinados y de los que puedan inferirse penas exactas.[2] Se trata de una

---

* Autor de contacto: Gonzalo Basso, gonzalo.basso@uam.es.

[1] El grado de aflictividad que conlleva la aplicación de la pena en tanto medida privativa o restrictiva de derechos de la persona condenada (en no pocas ocasiones, derechos de carácter fundamental, como sucede con la pena privativa de libertad) depende muy especialmente (aunque no exclusivamente) de su intensidad, que deberá ser siempre objeto de determinación judicial en cada sentencia condenatoria que se dicte; ello basta para ilustrar la relevancia práctica máxima de la materia, y de la necesidad de contar con criterios sólidos de graduación judicial de la pena. Téngase presente que el componente aflictivo de la pena, entendido como dolor sensible o como consecuencia percibida (normalmente) como no placentera (y que se impone pública e intencionadamente al sujeto responsable para reaccionar frente a su delito) —con independencia de la *finalidad* que con ello se persiga—, constituye un elemento definitorio del castigo (al respecto, véase, HART, «The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment», *Proceedings of the Aristotelian Society*, (60), 1959-1960, p. 4). Sobre ello, véanse también, LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, p. 25; GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, p. 109 (la pena conceptualmente consiste en "la imposición de un mal (privación de bienes jurídicos) a quien ha realizado otro mal [...]. Por ello tienen razón quienes afirman que la teoría de la retribución es la que más se acerca al *concepto* de pena: la pena, lo queramos o no, retribuye" —con cursiva añadida—); DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, p. 54 (la pena "puede definirse como una privación o restricción de bienes jurídicos, prevista por la ley, e impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes al autor de un hecho delictivo"); FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, p. 81 ("El castigo, por definición, no es placentero y resulta lesivo para el ofensor"); VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, p. 37; y FRISCH, «Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel in der Theorie der Strafe. Grundlinien einer kommunikativen Straftheorie», *GA*, (9), 2019, pp. 537 ss.; entre otros. En general, sobre la insoslayable relevancia práctica de la determinación judicial de la pena, véanse, QUINTERO OLIVARES, «Determinación de la pena y política criminal», *CPC*, (4), 1978, pp. 52, 58; ZIPF, *Introducción a la política criminal*, 1979, pp. 146 ss.; DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, 1979, p. 59; GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, p. 12; LA MISMA, *Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995*, 1997, p. 61; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 28, 38; SILVA SÁNCHEZ, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», *InDret*, (2), 2007, p. 3; y GUERRA ESPINOSA, «Determinación de la pena exacta. Algunas consideraciones acerca de la mayor o menor extensión del mal», *Revista de Derecho Universidad de San Sebastián*, (22), 2016, p. 2; entre otros.

[2] La tendencia en los sistemas penales occidentales —dejando a salvo los supuestos en los que se recepte la pena (de discutible constitucionalidad) de prisión perpetua o de prisión permanente revisable— se orienta hacia la fijación de penas *relativamente* determinadas en abstracto por el legislador y *absolutamente* determinadas en concreto (de forma *exacta*) por el juzgador, a quien se le atribuye la función de fijar la pena *puntual* imponible al sujeto activo penalmente responsable (sobre ello, con respecto al sistema español, véanse MOLINA FERNÁNDEZ, «Reglas de determinación de la pena», en EL MISMO (coord.), *Memento práctico penal 2021*, 2020, nm. 5420 ss.; EL MISMO, «1. La determinación de la pena», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, 2019, pp. 213 ss., especialmente pp. 215, 228 s.; y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 10ª ed., 2019, pp. 510 ss.; entre otros). En este sentido, los sistemas de penas indeterminadas característicos de jurisdicciones anglosajonas han ido perdiendo influencia, y las propuestas de adopción de sistemas de penas determinadas *a posteriori* (como la formulada en JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada*, 2ª ed., 1948, pp. 44 ss., 379 ss., 395 ss.) no han tenido recepción legislativa ni acogida mayoritaria en la doctrina. Sobre el abandono en numerosas jurisdicciones estadounidenses (estatales e incluso a nivel federal) del sistema de penas indeterminadas sustentado en el modelo resocializador y su sustitución por modelos de penas determinadas (si bien de diversa configuración y con distintos alcances), véanse, entre otros, MORRIS, *Madness and the Criminal Law*, 1982, p. 157; y ZYSMAN QUIRÓS, «Determinación judicial de la pena, poderes de los jueces y derecho a un juicio por jurados. Una

disciplina que históricamente se ha mostrado renuente a su propia sistematización.[3] Sin embargo, avanzar en la formulación de tales criterios generales resulta fundamental si se pretende genuinamente aumentar la seguridad jurídica,[4] maximizar la vigencia del principio de igualdad e incrementar las posibilidades de control pleno y efectivo de las decisiones judiciales cuantificadoras de pena. En este escenario, el presente artículo procura contribuir al desarrollo de la materia proponiendo una nueva teoría que, partiendo de los avances conceptuales logrados hasta la fecha, intenta dar solución a las cuestiones aún problemáticas y requeridas de mayor tratamiento conceptual.

El artículo se estructura en dos partes. En la primera, se plantean sintéticamente los principales modelos teóricos propuestos en la doctrina y se identifican tendencias contemporáneas en la materia. En la segunda, se desarrolla una nueva teoría que procura aproximar la determinación judicial de la pena a la teoría jurídica del delito y en la que se parte, por un lado, de que la magnitud punitiva a imponer debe reflejar la lesividad social concurrente en el delito —y de que

---

aproximación al sistema estadounidense de *Sentencing Guidelines* a partir del reciente fallo *Blakely v. Washington*», *Nueva doctrina penal*, (B), 2004, p. 663; MANNOZZI, *Razionalità e "Giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, 1996, pp. 35, 71 ss; FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, p. 5 —quien indica que, como resultado de tal proceso evolutivo todas las jurisdicciones adoptaron, por lo menos, algunas sanciones de obligada imposición o, incluso, penalidades mínimas obligatorias, y que, dependiendo de la concreta jurisdicción, se introdujeron sistemas de directrices de determinación de la pena (*sentencing guidelines*) vinculantes o no vinculantes apoyados en la creación de órganos especializados (*sentencing commissions*), se aprobaron directrices legislativamente sin recurrir a dichos órganos o conservaron protagonismo la discrecionalidad judicial y el papel de las autoridades correccionales—; y FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 140 ss. —especialmente pp. 143 ss., notas 30, 31—.

[3] El insuficiente grado de desarrollo de la dogmática de la determinación judicial de la pena, que contrasta con el elevado nivel de refinamiento alcanzado por la teoría jurídica del delito, se reconoce de forma extendida en la doctrina. Al respecto, véanse, por todos, BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 40 ss., nota 29; y GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, «La hegemonía de los fines de la pena en la concreción del castigo: situación actual, análisis crítico y alternativas de futuro», *Política Criminal*, (15-30), 2020, pp. 584 s., 602 ss.

[4] Más allá de la relevancia práctica inherente a la decisión sobre el *quantum* de pena del caso concreto, conviene precisar que tal decisión influye también en otras resoluciones que pueden o deben efectuarse en fases *previas* o *posteriores* del proceso penal. El logro de mayores niveles de seguridad jurídica en la fase de determinación *judicial* de la pena en sentido *estricto* incidirá positivamente en todo aquello que de ella (parcialmente) dependa. Así, por ejemplo, la decisión sobre el *quantum* de pena *eventualmente* imponible en el futuro debe tenerse en cuenta al momento de dictar medidas de coerción personal frente al investigado —como la prisión provisional, que depende, entre otros, del pronóstico de pena que judicialmente se impondría en el futuro, si terminara recayendo condena; al respecto, véanse los arts. 502.3 ("El juez tendrá en cuenta para adoptar la prisión provisional [...] la entidad de pena que pudiera ser impuesta"), 503.1.3.º a) ("Para valorar la existencia de [...] [riesgo de fuga], se atenderá [...] a la gravedad de la pena que pudiera imponerse) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española—. Además, la decisión de determinación *judicial* de la pena en sentido *estricto* incide en decisiones que pueden o deben tomarse en momentos *posteriores* a la condena, y cuya adopción se ve condicionada por la pena que *ya haya sido efectivamente impuesta*; sobre ello pueden mencionarse numerosos ejemplos: a) la aplicación de penas accesorias depende de la cuantía de pena *impuesta* (véanse los arts. 55, 56 del CP español); b) la determinación del límite relativo máximo de pena aplicable en supuestos de concurso real, ideal o medial, y el cálculo de la prescripción de la pena dependen parcialmente de la *cuantía* de pena —en su caso, más grave— *judicialmente impuesta* (véase el art. 134 del CP español); c) la posibilidad de suspender ordinariamente la pena depende, entre otros requisitos, de que la pena *judicialmente ya fijada* no sea superior a dos años de privación de libertad (véase el art. 80.1 del CP español); y d) la clasificación en tercer grado puede —o, en algunos casos, debe— supeditarse al cumplimiento de la mitad de la cuantía de pena *ya impuesta* si se ha castigado a más de cinco años de prisión (véase el art. 36.2 del CP español).

ello requiere valorar no solo elementos vinculados con la conducta individual desplegada, sino también aspectos generales de carácter sistemático— y, por otro, de que el acto de medición judicial del castigo reviste naturaleza dual o híbrida, dado que, aunque constituya prevalentemente un acto de *aplicación* estricta del Derecho, debe concebirse también, si bien de forma marginal, como un acto de *configuración* del mismo —los juzgadores deben sujetarse a las normas jurídicas y efectuar, además, diferenciaciones (típicas y punitivas) complementarias a las legislativamente formuladas—.

Sentadas dichas premisas, se defiende que la medida *exacta* de punición del caso concreto debe resultar de la valoración sincrética de exigencias de proporcionalidad cardinal y de proporcionalidad ordinal.[5] Según el enfoque propuesto, las exigencias de proporcionalidad *cardinal* no deben circunscribirse a consideraciones estrictamente legislativas, sino que deben interpretarse a la luz de múltiples y variadas consideraciones de tipo sistemático que, en última instancia, fundamentan un deber de proceder con cautela y conforme a un estándar de interpretación restrictiva respecto al margen judicial de maniobra existente en la determinación de la pena; las exigencias de proporcionalidad *ordinal*, por su parte, obligan al juzgador a que la pena a imponer se corresponda estrictamente con la gravedad de la concreta configuración fáctica del delito cometido. Se trata de una teoría que concede marcada relevancia a consideraciones pertenecientes al plano sistemático, pero que al mismo tiempo aboga por la fijación de penas individuales estrictamente proporcionadas con la gravedad del hecho cometido.

A fin de delimitar el ámbito al que se circunscribe la propuesta es menester tener presentes dos cuestiones. La primera radica en que se inserta en un plano *prescriptivo*: partiendo del estado actual en la bibliografía especializada, lo que se pretende es contribuir a determinar cómo deberían estructurarse y fundamentarse racionalmente las decisiones de determinación judicial de la pena, con independencia del concreto sistema en el que pueda tener eventual recepción y aplicación efectiva la teoría que se propone.[6] La segunda cuestión radica en que el enfoque desarrollado se orienta esencialmente a cómo debería graduarse el castigo en *supuestos de unidad*

[5] La distinción categorial entre proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal ha sido esbozada y desarrollada hace ya varias décadas por VON HIRSCH en la doctrina anglonorteamericana. Su surgimiento se produjo en el contexto de aparición de las teorías del merecimiento no coincidentes de VON HIRSCH y de MORRIS: el primer autor recurrió a ella para defender la capacidad de rendimiento (*ordinal*) del merecimiento —esto es, para explicar y fundamentar que el concepto de merecimiento resultaría lo suficientemente determinado o preciso (en términos *relativos*) como para justificar un mayor o menor castigo de un delito respecto del que comparativamente correspondería aplicar a otros de mayor o menor gravedad—, y para admitir, al mismo tiempo, su imprecisión (*cardinal*) para definir los niveles de severidad general del sistema —la noción de merecimiento, aunque sí permitiría identificar delitos de distinta gravedad, no permitiría, según VON HIRSCH, definir con precisión con qué niveles de severidad (mínimo y máximo, en términos absolutos) debe sancionar el sistema penal los delitos que contemple—; el segundo autor, en cambio, desconfiaba de la posibilidad de efectuar distinciones finas respecto a la gravedad del hecho y de la pena de conformidad con el merecimiento, en razón de tratarse de un concepto impreciso que, a su entender, solo permitía la fijación de los *límites externos* de lo no inmerecido. La distinción entre proporcionalidad *cardinal* y *ordinal* se constata ya en VON HIRSCH, «Utilitarian Sentencing Resuscitated: The American Bar Association's Second Report on Criminal Sentencing», *Rutgers Law Review*, (33), 1981, p. 787.

[6] No se realizará, por tanto, una descripción, siquiera mínima, de regulaciones legislativas ni de la forma de proceder habitual en la jurisprudencia, puesto que ello excede el objeto de estudio; no obstante, se efectuarán limitadas referencias de *lege* o *sententia lata* cuando se estime que resulten de utilidad para la exposición.

delictiva[7] *en el estadio de determinación judicial de la pena en sentido estricto* tras haberse agotado la valoración de las circunstancias atenuantes o agravantes que hayan sido legislativamente previstas (o tras haberse constatado su falta de concurrencia), por lo que no se abordarán problemáticas conceptuales inherentes a otros estadios de determinación de la pena, ni tampoco aspectos relacionados con circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

2. El estado de la cuestión en el campo conceptual de la determinación judicial de la pena

La determinación de la pena se define, en términos generales, como la fijación de la consecuencia punitiva que corresponda aplicar como respuesta frente a la comisión de un delito.[8] En particular, la determinación *judicial* de la pena en *sentido estricto*[9] se ocupa de la identificación y

[7] Una delimitación precisa de lo que deba entenderse por unidad delictiva (en contraposición a pluralidad delictiva) no se encuentra exenta de dificultades y requeriría introducirse en el estudio del complejo campo de los concursos de delitos y de la continuidad delictiva (al respecto, puntualizando el carácter problemático de la distinción entre unidad y pluralidad delictiva, como así también de la figura del delito continuado, véase SANZ MORÁN, «Un creciente embrollo: últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales en materia de concurso de delitos», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (44), 2016, pp. 15 ss.). Sin perjuicio de ello, puede señalarse que aquí se entenderá que constituyen casos de unidad delictiva aquellos supuestos de realizaciones fácticas que, desde una perspectiva de carácter jurídico que tome a la descripción del tipo penal como unidad valorativa decisiva, supongan una única instancia realizadora de un solo delito y que requieran, por tanto, de la determinación de una única medida de pena; nótese que tales realizaciones fácticas pueden estar compuestas de un único acto o de una pluralidad de actos que se conciban como supuestos de unidad natural de acción en sentido estricto e incluso también en sentido amplio (sobre tales conceptos, véase especialmente MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 667 ss.). De conformidad con tal entendimiento, lo que se desarrollará no resulta aplicable a los supuestos de realizaciones fácticas más complejas en las que se requiera la determinación de una penalidad global frente a escenarios delictivos para los que se contemplen reglas específicas de determinación de la pena, como suele suceder en supuestos de concurso ideal, medial o real de delitos (que requieren de la aplicación cumulativa de tipos penales para la adecuada captación del desvalor jurídico concurrente) y en supuestos de continuidad delictiva (que se caracterizan por la concurrencia de una pluralidad de acciones/hechos que, de no estipularse reglas específicas que supongan contemplarlos como casos de unidad jurídica de acción, deberían ser sometidos al tratamiento penológico del concurso real). En palabras de MOLINA FERNÁNDEZ, los supuestos en los que se centrará este trabajo son aquellos que se derivan de situaciones en las que lo sometido a juicio "sea una única acción u omisión, delimitada en el tiempo y el espacio, y que solo puede ser subsumida en un tipo penal" (MOLINA FERNÁNDEZ, «Concursos de leyes y de delitos», en EL MISMO (coord.), *Memento práctico penal 2021*, 2020, nm. 3255). Que la teoría que se propone se circunscriba a la determinación judicial de la pena en supuestos de unidad delictiva no significa que en dicho campo deba resultar irrelevante el tratamiento penológico que se prevea para la fijación de la penalidad global aplicable en escenarios más complejos de pluralidad delictiva; sobre ello, véase infra, apartado 3.1.b.(i).

[8] Véase MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 758 ("Se entiende por 'determinación de la pena' la fijación de la pena que corresponde al delito"). En términos generales, la determinación de la pena atraviesa diversas fases interrelacionadas entre sí, pero de contenidos no necesariamente coincidentes, y que dan lugar a los estadios de determinación constitucional, legal, judicial (en sentido estricto y en sentido amplio), administrativa y gubernativa de la pena (sobre las distintas fases de determinación de la pena, véase BASSO, *Determinación judicial y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 33 ss., con ulteriores referencias).

[9] La determinación *judicial* de la pena en sentido *amplio* —que no será objeto aquí de tratamiento— se ocupa de la decisión referida a la ejecución, suspensión o sustitución de la pena impuesta. Sobre la distinción entre determinación judicial de la pena en sentido amplio y estricto, véanse, entre otros, SCHÖCH, «Grundlagen und Wirkungen der Strafe. Zum Realitätsgehalt des § 46, Abs. 1, StGB», en GRÜNWALD/MIEHE/RUDOLPHI/SCHREIBER (eds.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70.Geburtstag am 28. Juli 1975*, 1975, p. 259; DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, 1979, pp. 7 s.; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 41 ss.; BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios*

sistematización de los criterios y de la estructuración que deben orientar la labor del juzgador de instancia a fin de decidir sobre la específica magnitud de punición a imponer a quien resulte condenado por la perpetración de un delito,[10] magnitud que debe situarse dentro del espectro específico de penas legislativamente previstas para el delito objeto de condena.[11]

La respuesta al interrogante de cuánto debe castigarse requiere preguntarse por la forma en que se debe descender del terreno abstracto del marco o escala penal (legal) al terreno concreto de la pena exacta (judicial) que debe imponerse en un caso específico. En el ejercicio de la función jurisdiccional de determinación de la pena en sentido estricto se reconoce de forma extendida que los juzgadores de instancia, dentro de lo permitido por el marco penal, ostentan un amplio margen de maniobra, si bien se admite también que se trata de un terreno en el que las decisiones cuantificadoras que se adopten deben fundamentarse en la aplicación de reglas jurídicas y resultar controlables por vía recursiva.

2.1. Las teorías continentales y anglonorteamericanas de la determinación judicial de la pena

Para dar respuesta al interrogante respecto a cuánto castigo imponer en el caso concreto se han formulado múltiples propuestas teóricas en la ciencia jurídico-penal continental y anglonorteamericana. Si bien su exposición y su examen crítico no pueden aquí llevarse a cabo

---

legales y judiciales de individualización de la pena, 2011, p. 32; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 768; y MOLINA FERNÁNDEZ, en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, 2019, p. 228.

[10] Al respecto, véanse las definiciones esbozadas en ZIFFER, «Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena», en MAIER (comp.), *Determinación judicial de la pena*, 1993, p. 91 ("acto por el cual el juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada [...] [siendo la] magnitud de la pena siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable"); SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, p. 5 ("el acto de determinación judicial de la pena se configura especialmente como aquel en virtud del cual se constata el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena"); y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 31 ("La determinación judicial de la pena constituye un proceso de valoración cualitativa y cuantitativa del hecho delictivo y de la pena aplicable que se debe efectuar de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales y que debe manifestarse, en última instancia, en la imposición de la medida de pena final exacta que corresponda atribuir como consecuencia jurídica de la comisión de una acción típica, antijurídica y culpable normativamente relevante"). Sobre el concepto de determinación judicial de la pena, véanse, además, KÖHLER, *AT*, 1997, p. 578; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 42 ss.; ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., 1999, pp. 23, 29; PERALTA, «Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena», *Doxa,* (31), 2008, p. 600; BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, 2011, pp. 33 ss., 42 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 10ª ed., 2019, pp. 511 s.; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 29, 387 ss.; entre otros.

[11] Así lo exige el principio de legalidad, que obliga al legislador a elaborar la ley penal de la forma más precisa y determinada posible (mandato de *lex certa*), y que exige al juzgador que se sujete estrictamente a lo estipulado legislativamente, lo que le impide castigar tanto por encima del máximo, como por debajo del mínimo previstos. Al respecto, véase específicamente DREHER, «Anmerkung zu einem Urteil des OLG Stuttgart», *MDR*, (4), 1961, pp. 344 ("no puede suceder, que [...] [el juez] tenga por adecuada una pena que se sitúa fuera del marco penal legal"). Sobre el principio de legalidad y sus garantías, mandatos o corolarios, véanse, entre otros, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Principios del Derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho penal», en EL MISMO (coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., 2015, pp. 66 ss.; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 114 ss. (especialmente p. 117); y ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 5/1 ss. (especialmente nm. 80 ss.).

en profundidad,[12] se procederá a continuación a presentar de forma sucinta los lineamientos fundamentales de cada una de dichas teorías.

Hacia mediados del siglo XIX, BERNER formuló el esbozo de la denominada *teoría del espacio de juego* o *del margen de libertad* (*Spielraumtheorie*), que se erigiría en el primer modelo de determinación judicial de la pena en la doctrina alemana y que se mantendría como enfoque dominante hasta finales de los años setenta del siglo XX.[13] Para dicha teoría, la fijación del castigo individual debe efectuarse asignando relevancia directa y sucesiva a la valoración judicial de fines retributivos, en un primer momento, y preventivos, en un segundo momento, de lo que surgiría la pena final exacta a imponer. Para la *Spielraumtheorie*, no resulta suficiente atender solo a consideraciones retributivas que, por su imprecisión, no permitirían arribar a una pena final exacta (pero sí a un marco de penas adecuadas a la culpabilidad), ni tampoco exclusivamente a consideraciones preventivas que podrían conducir a la imposición de penas que trascendieran los límites mínimo y máximo resultantes de la noción retributiva de culpabilidad por el hecho (aunque sí permitirían arribar a una magnitud exacta de pena final). Para este enfoque, se debe imponer la pena final preventivamente necesaria dentro del marco de penas jurídicamente correctas por adecuarse a la culpabilidad; dicho marco se construiría partiendo de la escala *legal* de penas aplicables e identificando *judicialmente* en su interior la pena mínima *ya* adecuada a la culpabilidad y la pena máxima *todavía* adecuada a la culpabilidad.

Como enfoque contrapuesto a la *Spielraumtheorie*, Arthur KAUFMANN propuso la *teoría de la pena puntual* (*Punktstrafetheorie*), según la cual no existiría un *marco* de penas adecuadas a la culpabilidad (todas ellas jurídicamente correctas), sino *una única pena justa y correcta* adecuada a la culpabilidad del autor del delito, en cuya fijación no se deberían tener en cuenta consideraciones preventivo-generales ni preventivo-especiales;[14] con todo, el propio precursor de tal enfoque reconocía la imposibilidad de conocer con precisión la medida de la culpabilidad,

[12] La sistematización de teorías continentales y/o anglonorteamericanas existentes en la materia pueden consultarse, entre otros, en HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 23 ss.; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 187 ss.; BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, 2011, pp. 85 ss.; TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*, 2015, pp. 35 ss.; BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 81 ss.; y STOCO, *Culpabilidade e medida da pena. Uma contribuição à teoria judicial de aplicação da pena proporcional ao fato*, 2019, pp. 93 ss.

[13] Véase BERNER, «Entwurf zu einer phänomenologischen Darstellung der bisherigen Straftheorien, sowie zu einer begriffsmäßigen Vereinigung der relativen Theorien mit der absoluten», *Archiv des Criminalrechts*, (26), 1845, pp. 144 ss., especialmente pp. 162, 170. La propuesta de BERNER fue receptada mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia alemanas, siendo acogida expresamente por el Tribunal Supremo Federal alemán en su conocida sentencia de 10 de noviembre de 1954 (BGHSt 7, 28), en la que se fijó la siguiente doctrina: "Qué pena resulta adecuada a la culpabilidad no puede determinarse con exactitud. Existe un margen de libertad, que está delimitado hacia abajo por la pena ya adecuada a la culpabilidad y hacia arriba por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. El juez del hecho no puede rebasar el límite superior. Tampoco puede imponer una pena tan severa por su cuantía o clase, que según su apreciación no sea ya adecuada a la culpabilidad. Sin embargo, el juez del hecho, dentro del margen de libertad, puede decidir según su parecer qué tan elevada debe ser la pena a aplicar." [BGHSt 7, 28 (32)].

[14] Sobre la teoría de la pena puntual, véase KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, pp. 65 s., 201 ss. ("[l]os fines preventivos de la pena de la disuasión, la enmienda y el aseguramiento podrían ser buenos y, por tanto, dignos de perseguir, pero no son tomados en cuenta por la pena culpable, porque la pena también debe imponerse incluso cuando se sepa con certeza que dichos fines no pueden ser alcanzados" —p. 206—; "la pena encuentra únicamente en la culpabilidad su medida interna y su justificación" —p. 207—), 261 ("La culpabilidad es siempre una magnitud fija y determinada y, por tanto, la pena correcta únicamente puede ser una sola"), 276.

por tratarse de una noción metafísica que solo podemos aspirar a alcanzar de forma aproximada.[15]

DREHER, por su parte, formuló la *teoría del acto de configuración social* (*Theorie des sozialen Gestaltungaktes*), según la cual la pena individual debe construirse de conformidad con valoraciones sociales contenidas en las normas jurídicas y a partir de un acto creador del juzgador, que es a quien correspondería fijar el castigo *justo* del caso concreto continuando la labor valorativa realizada previamente por el legislador y cristalizada en los marcos abstractos previstos para cada delito, marcos a los que el juzgador se debería sujetar estrictamente.[16] Para DREHER, tales marcos deberían interpretarse como escalas de gravedad continua, en el sentido de que contienen penas mínimas, medias y máximas legalmente establecidas que se deberían imponer en supuestos de delitos cuyas concretas configuraciones fácticas se valoren, respectivamente, como de gravedad mínima, media y máxima.[17]

Para la denominada *teoría de los dos niveles* o *del valor posicional del empleo* (*Stufentheorie* o *Stellenwerttheorie*) construida a partir de aportaciones de HENKEL, HORN y SCHÖCH, la magnitud de pena únicamente debería determinarse en sede judicial a partir de la medida del injusto perpetrado de forma culpable, con independencia de lo que puedan aconsejar consideraciones de tipo preventivo que solo deberían ser objeto de examen en el estadio posterior de determinación judicial de la pena *en sentido amplio* —referido a la decisión respecto a si procede la sustitución o suspensión de la pena impuesta y que tiene lugar una vez que se haya fijado la clase y cuantía de castigo en la determinación judicial de la pena *en sentido estricto*—.[18]

Al producirse hacia los años setenta del siglo pasado el giro desde un Derecho penal fundamentado retributivamente hacia uno fundamentado preventivamente, la teoría del margen de libertad fue objeto de importantes matizaciones, emergiendo la *teoría alemana de la prohibición del desbordamiento de la culpabilidad* (*Schuldüberschreitungsverbot*), que tuvo a ROXIN

[15] Sobre ello, véase especialmente KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, pp. 66, 213 ("[L]a culpabilidad es un objeto metafísico que escapa a una comprensión adecuada o totalmente calculable. La medida de la culpabilidad no puede nunca, por tanto, determinarse con exactitud"), 215, 261.

[16] Véanse DREHER, *Über die gerechte Strafe. Eine theorische Untersuchung für die deutsche strafrechtliche Praxis*, 1947, pp. 56 ss., 61 ss., 71 ss.; EL MISMO, *MDR*, (4), 1961, pp. 343 s.; EL MISMO, «Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes», *JZ*, (2), 1967, pp. 41 ss.; y EL MISMO, «Gedanken zur Strafzumessung», *JZ*, (7), 1968, pp. 209 ss.

[17] Específicamente respecto a la interpretación del marco penal como escala de gravedad continua, véanse DREHER, *MDR*, (4), 1961, p. 344; EL MISMO, *JZ*, (2), 1967, p. 43; y EL MISMO, *JZ*, (7), 1968, pp. 212 s.

[18] Véanse HENKEL, *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, 1969, pp. 42 s. ("[C]ada uno es punible únicamente por aquello por lo que tiene que responder personalmente. [...] [A] nadie debería afectar una pena que él no se haya merecido de conformidad con la gravedad de su culpabilidad"); HORN, «Wider die "*doppelspurige*" Strafhöhenzumessung», en GRÜNWALD/MIEHE/RUDOLPHI/SCHREIBER (eds.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70.Geburtstag am 28. Juli 1975*, 1975, pp. 244 (se admite "no tener en cuenta la prevención todavía en el acto de fijación de la cuantía de pena"), 246 ("la duración de la pena se hace depender solamente de la medida del injusto culpable"); SCHÖCH, en GRÜNWALD/MIEHE/RUDOLPHI/SCHREIBER (eds.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70.Geburtstag am 28. Juli 1975*, 1975, pp. 255 ss., especialmente pp. 260, 270 (respecto a la toma en consideración de aspectos preventivos recién en la determinación judicial en sentido amplio); HORN, «§ 46», *SK*, 7ª ed., 2001, nm. 1 ss., especialmente nm. 34; y HORN/WOLTERS, «§ 46», *SK*, 9ª ed., nm. 1 ss., especialmente nm. 34.

como su principal referente y que recibió acogida mayoritaria en la doctrina alemana.[19] Según dicha teoría, no puede imponerse un castigo *de una intensidad mayor* que el que se corresponda con la medida de la culpabilidad individual por el hecho cometido, ni tampoco uno que se quede por debajo de lo que requieran exigencias preventivo-general positivas. Para ROXIN, "en la fase de determinación de la pena sólo puede llegarse al grado máximo de culpabilidad, siempre que ello fuera necesario por razones de prevención general o especial".[20] La pena, según su concepción, se fundamentaría en términos preventivos y la culpabilidad únicamente desempeñaría un papel de límite (*máximo*) —pero no de fundamento (*mínimo*)— de la medida del castigo.[21] ROXIN admite la legitimidad de la imposición de penas *por debajo* de lo exigido por la culpabilidad por el hecho cometido, siempre que así lo aconsejen consideraciones de corte preventivo-especial positivo (evitación de la desocialización) y que se respeten, a su vez, los requerimientos (mínimos) —legalmente previstos— de prevención general positiva que derivarían de la denominada cláusula de defensa del ordenamiento jurídico.[22] La teoría de ROXIN ha tenido una influencia decisiva en planteamientos surgidos desde la década de 1980 en adelante en el ámbito continental.[23]

---

[19] La teoría de ROXIN constituiría una particular versión del modelo *clásico* del espacio de juego, pero desde una fundamentación no ya *retributiva*, sino *preventiva* del Derecho penal. Se trata del enfoque mayoritario actualmente en Alemania (sobre ello, véanse, entre otros, HENKEL, *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, 1969, p. 43 —nota 78—; KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, p. 276; ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, pp. 188 s.; JAKOBS, *AT*, 2ª, 1991, 1/50; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, p. 25; BUßMANN, «§ 46», en MATT/RENZIKOWSKI, 2013, nm. 5; y FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, p. 229).

[20] ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, p. 45; parecería, no obstante, que para el autor las consideraciones de prevención *especial* (positiva) jugarían un papel preponderante a fin de recorrer el marco de la culpabilidad en toda su extensión y fijar la pena (véanse especialmente pp. 100, 104, 107, 134).

[21] ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, pp. 71, 155, 164, 169, 188 s., 192.

[22] ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, pp. 110 ss. ("Si la reserva preventiva especial [...] manda tener en cuenta los efectos de la pena privativa de libertad en la vida futura del reo en sociedad, esto sólo puede significar que puede imponerse una pena inferior a la correspondiente a la culpabilidad para evitar la desocialización implícita en toda pena privativa de libertad de larga duración, siempre que la 'defensa del ordenamiento jurídico' (es decir, la reserva mínima que impone la prevención general) así lo permita. [...] Cuando [...] [la duración de una pena privativa de libertad puede tener un efecto negativo para la socialización], *excepcionalmente*, puede ser impuesta una pena inferior a la correspondiente al grado de culpabilidad, no se manifiesta la componente preventiva general del acto de determinación de la pena, sino que se mantiene dentro del grado indispensable para la defensa del ordenamiento jurídico" —con cursiva añadida—).

[23] Múltiples enfoques conceptuales de prohibición del desbordamiento de la culpabilidad (o de la pena proporcional) fuertemente influenciados por la concepción de ROXIN se han ido elaborado en la doctrina, erigiéndose tal teoría en el modelo dominante en la actualidad en la dogmática continental de la determinación judicial de la pena. Entre las variantes más difundidas y desarrolladas de dicha concepción en la literatura de habla hispana, portuguesa e italiana, cabe citar, entre otras, las propuestas contenidas en LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, *passim*; DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, 1979, *passim* (véanse especialmente pp. 22, 353 ss.); GÓMEZ BENÍTEZ, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», *RFDUC*, (3), 1980, pp. 129 ss. (véanse allí especialmente pp. 115, 175 ss.); GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, *passim* (véase especialmente p. 187); MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os criterios da culpa e da prevenção)*, 1995, *passim* (véanse especialmente pp. 368 ss., 470 ss., 545 ss., 569 ss.); GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, 1997, *passim* (véanse especialmente pp. 61 ss.); CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena, función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, 1997, *passim* (véase especialmente p. 65, nota 130);

Asimismo, en la doctrina alemana y española se han elaborado enfoques que, procurando también que no se supere el límite máximo fijado por el castigo que corresponda en función del grado de injusto culpable concurrente, han postulado que la determinación judicial de la pena, prescindiendo de consideraciones de tipo preventivo-instrumental, se efectúe según el menoscabo *intelectual* producido por el delito —apelando a las ideas de *retribución de la culpabilidad* o de *fijación de penas proporcionales* y partiendo de un concepto de injusto de corte sistémico/comunicativo[24]— o según la afectación *material* derivada del ilícito —abogando por la imposición de *penas proporcionadas a la gravedad del hecho* (medida esta última en términos de disminución de la calidad de vida de la víctima) y adoptando un concepto de injusto de corte individual/empírico[25]—.[26]

El panorama recién esbozado respecto a los desarrollos teóricos en el ámbito continental no difiere radicalmente de los avances producidos en la doctrina anglonorteamericana, en donde se constatan concepciones ciertamente próximas. Así, el enfoque del *retribucionismo limitador* (*limiting retributivism*) de MORRIS, también denominado *teoría de la proporcionalidad negativa*

DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, *passim* (véanse especialmente pp. 88 ss., 257 ss., 329 ss.); y BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, 2011, *passim* (véanse allí especialmente pp. 51, nota 43 —en donde describe su modelo como uno "conforme al cual el juez debe en primer lugar fijar un ámbito de pena –espacio de juego– que sea proporcional a la gravedad del hecho y luego, dentro de dicho ámbito de pena la cláusula de las circunstancias personales del autor fijaría la pena específica a imponer, pudiéndose en algunos casos rebasar por abajo el límite inferior de dicho marco proporcional"—, 61). Sobre la diferencia del enfoque de ROXIN con la teoría clásica del espacio de juego, véase MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 669 s. Una extensa y profunda sistematización de las distintas vertientes conceptuales que, en la línea de ROXIN, suponen teorías específicas orientadas a la *Schuldüberschreitungsverbot* (con explicitación de las similitudes y diferencias entre dichas teorías y el enfoque clásico del espacio de juego) puede consultarse en BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 161 ss.

[24] Respecto a enfoques que ponen el acento en el menoscabo intelectual de la norma de conformidad con la idea de la retribución de la culpabilidad por el hecho, véanse KÖHLER, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung erörtert am Problem der Generalprävention*, 1983, *passim*; WOLFF, «Das neue Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität», *ZStW*, (97), 1985, pp. 786 ss.; y KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 578 ss. ("La pena se justifica como restablecimiento compensatorio de las relaciones jurídicas parcialmente negadas en su validez general por la producción del delito a través de la negación de la libertad externa del condenado" —p. 580—; sobre el rechazo de lo preventivo instrumental, véanse especialmente pp. 586 ss.). Por su parte, respecto a enfoques sistémicos orientados hacia la proporcionalidad con el hecho, véanse, JAKOBS, *AT*, 2ª, 1991, 1/21; FREUND, «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal», en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y Derecho penal*, 2004, pp. 91 ss. (especialmente pp. 99, 109); JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, pp. 129 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, *passim* (especialmente pp. 64 s., 85 s., 129, 279, 291, 374 s.); y FRISCH, «Pena, delito y sistema de delito en transformación», *InDret*, (3), 2014, pp. 1 ss.

[25] Respecto a corrientes partidarias de la *proporcionalidad estricta o positiva* entre la gravedad del hecho y la pena concreta, a partir de un concepto de injusto orientado en función del daño material resultante del delito, véanse, SCHÜNEMANN, «Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung», en ESER/CORNILS (eds.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitk: Beiträge zu einem Deutsch-Skandinavischen Strafrechtskolloquium,* 1987, pp. 209 ss.; SCHÜNEMANN, «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en EL MISMO (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, pp. 147 ss.; y, muy especialmente, HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 108 ss.

[26] Se apunta correctamente que el aspecto diferencial entre ambas vertientes continentales de las teorías de la proporcionalidad con el hecho se sitúa en el diverso concepto de injusto que adoptan como punto de partida en SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, pp. 6 s., nota 19. Sobre la cuestión, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 218 ss., 235 ss., 272 ss. —con ulteriores referencias en p. 272, nota 5, p. 273, nota 6—.

(*negative proportionality*),[27] postula que la pena debe determinarse dentro de los límites externos (*outer limits*) fijados en términos de retribución o de merecimiento, y que la concreción judicial última del castigo debe surgir de la valoración de aspectos que se vinculan prevalentemente con la utilidad o la necesidad de la pena[28] —concepción próxima a la clásica *Spielraumtheorie* alemana[29]—, y muy especialmente de lo que el autor denomina *principio de parsimonia* (*parsimony principle*), que obliga a la imposición de la pena mínima que resulte preventivamente necesaria.[30]

En contraposición a la concepción de MORRIS, VON HIRSCH ha planteado un modelo orientado hacia la configuración judicial de penas proporcionadas fijadas de conformidad con la idea de merecimiento y con sustento en la función de censura del castigo, que se suele designar como *teoría de la proporcionalidad estricta o positiva* (*strict or positive proportionality*)[31] y que ha tenido especial repercusión más allá del ámbito anglonorteamericano.[32] El autor aboga por la fijación legislativa y judicial de penas *estrictamente proporcionadas* a la gravedad del delito cometido, de forma tal que se maximice el principio de igualdad en la distribución del castigo; para VON HIRSCH, la medida de pena depende de la función de censura y no de consideraciones de tipo preventivo-instrumental, debiendo graduarse el castigo en función del merecimiento individual atendiendo a la gravedad del hecho cometido.[33] Tal graduación debe efectuarse respetando exigencias de

[27] Véase tal denominación, por ejemplo, en TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*, 2015, pp. 62 s.

[28] En general, sobre tal planteamiento, véanse MORRIS, «The future of imprisonment: toward a punitive philosophy», *Mich. L. Rev.*, (72), 1973-1974, pp. 1161 ss.; y EL MISMO, *Madness and the Criminal Law*, 1982, *passim*, especialmente pp. 128 ss., 178 ss. Sobre la orientación de la medida final de pena judicialmente impuesta hacia la satisfacción de fines utilitaristas, en detrimento de consideraciones de igualdad, véase MORRIS, *Madness and the criminal law*, 1982, pp. 107 (dentro "de los límites superiores e inferiores del castigo merecido en términos retributivos hay un fundamento poderoso para aplicar valores utilitaristas"), 195.

[29] Puntualizan la semejanza entre la *Spielraumtheorie* alemana y el *limiting retributivism* norteamericano, entre otros, VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, p. 93; ZYSMAN QUIRÓS, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, 2013, pp. 42 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 47 ss., nota 38; VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, p. 103; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 82 s., 103 ss.

[30] El principio de parsimonia consiste en la minimización de la aflictividad del castigo penal, lo que conduce a la imposición de una pena que se reduzca a lo estrictamente necesario (véase, MORRIS, Madness and the Criminal Law, 1982, p. 169; sobre el principio de parsimonia, véanse en dicha obra, además, pp. 149, 155 ss., 181, 189 ss.). Sobre el referido principio, véanse también MORRIS, Mich. L. Rev., (72), 1973-1974, pp. 1162 (el principio de parsimonia conduce a elegir "la sanción menos restrictiva o menos punitiva que sea necesaria para el logro de propósitos sociales definidos"), 1163 (se califica el principio de parsimonia como principio utilitario y humanitario); y FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, p. 11 ("la pena a imponer no debería ser más severa que la necesaria para alcanzar estos otros propósitos [de prevención general disuasoria y, excepcionalmente, prevención especial negativa]").

[31] Sobre el planteo de dicho autor, véanse especialmente VON HIRSCH, *Rutgers Law Review*, (33), 1981, pp. 772 ss.; EL MISMO, *Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, 1985, *passim*; EL MISMO, *Censurar y castigar*, 1998, *passim*; y EL MISMO, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, *passim*.

[32] Así, constituyen planteamientos influenciados por las ideas de VON HIRSCH, entre otros, los desarrollados en HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 108 ss., 387 ss.; TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*, 2015, pp. 71 ss.; STOCO, *Culpabilidade e medida da pena. Uma contribuição à teoria judicial de aplicação da pena proporcional ao fato*, 2019, pp. 129 ss., 199 ss.; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 271 ss., 301 ss.

[33] VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 1, 4, 21, 31 ss., 49 ss. El autor adjudica, de todas formas, un valor nada desdeñable a consideraciones de prevención general instrumental (véanse pp.

proporcionalidad *cardinal* y *ordinal*,[34] que se identificarían, respectivamente, con el nivel de severidad general del sistema de penas en función de lo previsto en abstracto por el legislador, por un lado, y con la ordenación de los delitos y de las penas dentro de una única escala continua de punición, esto es, con la inserción, posición o ranking que en esta última se asigne a cada delito y a cada pena en función de su gravedad relativa, por otro.

Para VON HIRSCH, el nivel de severidad general del sistema de penas surge esencialmente de los puntos de anclaje de la escala de castigos que resulte de aplicación, que justamente son los que informan qué tan punitivo es el sistema en términos *absolutos* (*cardinales*) —en general, respecto de todos los delitos o en particular respecto de un delito específico y sus infinitas posibilidades de configuración fáctica—. A su vez, la concreta ubicación de un delito con su correspondiente pena en dicha escala de castigos informa qué tan graves son *ese* delito y *esa* pena en términos *relativos* (*ordinales*). La posición ordinal de cada delito dentro de la escala aplicable se determina en función de su específico grado de injusto (culpable), medido tanto en comparación con otros delitos, como en comparación con otras configuraciones fácticas de la misma ofensa; cada hecho debe castigarse en función de su gravedad relativa, debiendo merecer similar respuesta punitiva hechos delictivos de gravedad análoga y distinta respuesta punitiva hechos delictivos de gravedad diferenciada.

Más recientemente, y a partir de la matización del enfoque de MORRIS, FRASE ha propuesto el *modelo expandido de retribucionismo limitador* (*expanded limiting-retributive model*), según el cual la noción de retribución permitiría realizar —por lo menos— juicios comparativos de cierta precisión con respecto a la mayor o menor gravedad de delitos entre sí, y que la misma contribuiría también a definir los límites *máximos* de punición, aun cuando no resulte de gran utilidad para la fijación de los límites *mínimos* de castigo, que se determinarían atendiendo a principios utilitaristas que exigen medidas mínimas de castigo[35] —concepción próxima a la *Schuldüberschreitungsverbot* alemana—.[36]

2.2. Tendencias contemporáneas y problemáticas requeridas de ulterior tratamiento

De la valoración conjunta de los diversos enfoques que procuran dar cuenta de la forma en que se debe *aterrizar* en un punto específico del marco aplicable de punición (o, en otras palabras, anclar la pena concreta dentro de la escala abstracta) es posible inferir ciertas tendencias relativamente convergentes, como así también algunas problemáticas requeridas de ulterior tratamiento. La identificación de dichas tendencias y problemáticas permitirá completar una visión panorámica sobre el estado actual de la discusión en el campo conceptual de la

9, 18 s., 36 ss. en la obra citada), reconociendo que la censura se vehiculiza a través de la aflictividad (dolor sensible) del castigo (véase específicamente p. 37: "la aflictividad de la pena para expresar censura (en lugar de utilizar mecanismos de censura simbólicos) [...] suministra razones adicionales de tipo prudencial para resistir las tentaciones. En efecto, un agente que haya aceptado el mensaje subyacente a la sanción y que reconoce su propia falibilidad de caer en la tentación de delinquir bien podría beneficiarse de la existencia de una respuesta censuradora que expresa un desincentivo prudencial").

[34] Al respecto, véase la última sistematización de la teoría efectuada por el propio autor en VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 23 s., 55 ss., 63 ss., 111, 126, 146 s.

[35] Sobre ello, véase FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, *passim*, especialmente pp. 14, 27, 29, 236 ss.

[36] BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 161 s., 196 ss.

determinación judicial de la pena, cuyo conocimiento resulta indispensable como punto de partida para la elaboración de una nueva propuesta teórica en la materia.

Quizás la tendencia que con mayor facilidad pueda inferirse radica en que los diversos enfoques elaborados en la doctrina especializada han apelado directamente a las teorías de los fines de la pena —más específicamente, al fin de la pena al que se adjudique valor prevalente— para justificar la forma en que se debe fijar judicialmente la cuantía del castigo.[37] Ello significa que la discusión respecto al *quantum* de pena se ha hecho depender de la problemática de las *antinomias de los fines de la pena*:[38] frente a fines de la pena concurrentes en el caso concreto pero incompatibles entre sí —por exigir cada uno una punición distinta a la requerida por los demás—[39], se suele optar por conceder preferencia a la medida de pena que resulte de aplicar el fin de valor prevalente.[40]

Sustentar la determinación judicial del castigo imponible en el caso concreto *directamente* recurriendo a la medida de punición que exija un fin al que se asigne valor prevalente resulta, sin embargo, inconsistente con el extendido reconocimiento de que los fines absolutos y relativos

---

[37] Véanse DREHER, *JZ*, (2), 1967, p. 41; HENKEL, *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, 1969, pp. 13 s.; DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, 1979, pp. 49, 353 ss.; GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, pp. 13 s., 98 s., 199; MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os criterios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 44 ss., 545, 575; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 586; GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, 1997, pp. 34 s., 61 s.; ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., 1999, pp. 53 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, p. 3.; CASTELLÓ NICÁS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, 2007, pp. 34 ss.; PERALTA, *Doxa*, (31), 2008, pp. 599 ss.; BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, 2011, pp. 23 s., 53; FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, p. 7; TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*, 2015, pp. 22, 35; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 769; GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, *La concreción del castigo. El ejercicio legítimo del arbitrio judicial en las decisiones individualizadoras, desde un enfoque fenomenológico*, 2017, p. 374; BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 291 ss. —con extensas referencias en p. 292, nota 49—; y GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, *Política Criminal*, (15-30), 2020, pp. 585 ss.; entre otros.

[38] Ello es predicable incluso respecto a la teoría de la proporcionalidad positiva o estricta, ya que, sin perjuicio de la diferenciación expresa que pregona entre fundamento del castigo *en general* y determinación (o distribución) judicial de las penas *en particular*, termina justificando incrementos o disminuciones de pena en atención al fin expresivo (o de censura) del castigo que se considera prevalentemente concurrente en la fundamentación del castigo y exclusivamente concurrente como factor de graduación punitiva en la determinación judicial de la pena (véanse, por ejemplo, HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 20 s., 112 ss., 125 ss., 387 s.; y VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 17 ss., 37 ss.). Que lo que justifica el castigo *en abstracto* no sea coincidente íntegramente con lo que lo justifica *en concreto* no significa que se prescinda de los fines de la pena, sino sencillamente que en uno y otro plano (general/particular) se asigna valor a fines que no necesariamente resultan coincidentes. Sobre ello, específicamente respecto a la teoría de VON HIRSCH, véase RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2016, p. 84, en donde se puntualiza que el autor "plantea una fundamentación del principio de proporcionalidad *sin separarse de su propia teoría de la pena*" —con cursiva añadida—.

[39] Sobre que cada fin de la pena exige una punición diferente —e incompatible— a la que requerirían los demás fines del castigo véanse, entre otros, LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, pp. 20, 64; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 74 ss.; y ROBINSON, *Distributive principles. Who should be punished, how much?*, 2008, pp. 2, 4 s., 17 ss.

[40] Señala FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica,* 2014, pp. 253 ss., 295, que, en última instancia, aunque se asignen diversos fines a la pena, se debe identificar un único criterio que permita resolver las situaciones problemáticas que puedan plantearse.

de la pena constituyen nociones en sí mismas imprecisas y de las que no resulta posible derivar magnitudes exactas de punición.[41] Además, no debe olvidarse que el terreno de los fines de la pena constituye un campo proclive a posiciones teóricas enfrentadas e irresolubles[42] en el que no suele haber tampoco un reconocimiento legislativo, constitucional ni jurisprudencial expreso e inequívoco respecto a qué fin de la pena debe prevalecer.[43]

Sin perjuicio de lo indicado, debe puntualizarse que existe una tendencia creciente a *relativizar* la relevancia *directa* que los fines de la pena tendrían en la graduación del castigo efectuada en sede jurisdiccional. Tal línea de pensamiento se observa especialmente en autores partidarios de que la medición judicial de la pena se aproxime a la teoría jurídica del delito, que propugnan una mayor interrelación entre dogmática del hecho delictivo y dogmática de la determinación de la pena y que asignan relevancia cualitativa a la primera (responder sobre el *sí* de la pena) y cuantitativa a la segunda (responder sobre el *cuánto* de la pena).[44] Con todo, no queda

---

[41] Sobre la imprecisión de los fines absolutos (cualquiera sea la nomenclatura que respecto a ellos se utilice) y/o relativos (en todas sus múltiples vertientes) de la pena —que impide derivar de ellos magnitudes exactas de punición—, véanse, entre otros, DREHER, *JZ*, (2), 1967, pp. 42, 45; HENKEL, *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, 1969, pp. 29, 32 s.; SCHÖCH, en GRÜNWALD/MIEHE/RUDOLPHI/SCHREIBER (eds.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70.Geburtstag am 28. Juli 1975*, 1975, pp. 262 s.; KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, pp. 16, 213, 261; LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, p. 83; GÓMEZ BENÍTEZ, *RFDUC*, (3), 1980, pp. 130, 133; ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, pp. 96 s., 127, 135 s.; MORRIS, *Madness and the Criminal Law*, 1982, pp. 148 ss.; MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os criterios da culpa e da prevenção),* 1995, pp. 523 s., 570 s.; GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, 1997, pp. 68, 70, 72; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 601; VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, p. 53 (especialmente nota 14); ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., 1999, pp. 50, 54 s.; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 30, 38 ss., 110 ss.; PERALTA, *Doxa*, (31), 2008, pp. 606 s., 619; FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, pp. xii, 7, 11; TEIXEIRA, *Teoria da aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*, 2015, pp. 40 s.; y VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 21 s., 26, 55, 59 s., 71.

[42] Sobre la dificultad de avizorar el logro de acuerdos o consensos en el ámbito de las teorías de la pena, véanse, por todos, ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., 1999, p. 24; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2016, pp. 25 s.; y GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, *Política Criminal*, (15-30), 2020, pp. 588, 599, 604.

[43] Téngase presente que incluso habiendo claras referencias a la *reeducación/reinserción social* (prevención especial positiva) en el Derecho positivo (así, por ejemplo, en el art. 25.2 de la Constitución española y en el art. 1, párrafo 1º de la Ley Orgánica General Penitenciaria), ello no ha supuesto que se conceda (en la doctrina ni en la jurisprudencia) carácter de fin prevalente ni tampoco exclusivo a la prevención especial positiva en detrimento de los demás fines del castigo. Sobre ello, en la jurisprudencia del TC español, véanse, por ejemplo, la STC 91/2000, ponente Vives Antón, de 30 de marzo (FJ noveno); STC 120/2000, ponente González Campos, de 10 de mayo (FJ cuarto); y STC 160/2012, ponente Ortega Álvarez, de 20 de noviembre (FJ tercero y cuarto). En la doctrina, por su parte, véanse, entre otros, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, 1990, p. 242; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2016, pp. 277 ss., especialmente pp. 283 ss.; PÉREZ MANZANO, «IV. «El mandato» constitucional de reeducación y reinserción social» y PEÑARANDA RAMOS, «La pena: nociones generales», ambos en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., 2015, pp. 151 ss., 288 ss., respectivamente; y SÁNCHEZ TOMÁS, «Artículo 25.2. Los fines de la pena y los derechos fundamentales de los presos», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XL Aniversario*, t. I, 2018, p. 949.

[44] Al respecto, véanse, entre otros, ZIFFER, en MAIER (comp.), *Determinación judicial de la pena*, 1993, p. 91; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 18, 38 ss., 126, 389; ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., 1999, pp. 45 s., 54, 96; FEIJOO SÁNCHEZ, «Individualización de la pena y teoría

suficientemente aclarado en dicha línea de pensamiento qué tipo de relevancia (*no directa*) se continuaría asignando a los fines de la pena en la ponderación de la medida del castigo individual.

En cualquier caso, la existencia de autores enrolados en posiciones críticas respecto a la capacidad de rendimiento de las teorías de la pena en sede de medición judicial del castigo es sintomático de que se está ante un ámbito conceptual que no debe concebirse de forma necesaria como un campo exclusivamente orientado en función de cómo se dé solución a las antinomias de los fines de la pena, sino como uno en el que lo que puede primar es una estructuración que se base *en la comparación de casos en función de su gravedad relativa medida en términos de lesividad social*. En este sentido, se constata también como punto de encuentro prácticamente unánime en la doctrina la idea de que, de conformidad con lo que permitan las escalas penales previstas en abstracto, hechos de mayor gravedad deben recibir un tratamiento punitivo más severo que hechos de menor gravedad (y viceversa), y de que hechos de gravedad análoga deben recibir un tratamiento punitivo de análoga intensidad.[45]

Asimismo, existe una línea de pensamiento convergente respecto a las dificultades para la configuración de penas absolutamente *precisas*: aun cuando los sistemas occidentales exigen la imposición de penas *puntuales* en el caso concreto, se reconoce de forma extendida lo complicado que resulta arribar a magnitudes exactas de punición siendo que se maniobra en un terreno

---

de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena», *InDret*, (1), 2007, pp. 1 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, pp. 1 ss.; PERALTA, *Doxa*, (31), 2008, pp. 599 ss.; FRISCH, *InDret*, (3), 2014, pp. 1 ss.; STAHL, *Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Straftheorie. Zugleich ein Betrag zur Strafzumessungsrelevanz des Vor- und Nachtatverhaltens*, 2015, pp. 34 ss., 238 ss.; VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 23, 64; BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 263; y GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, *Política Criminal*, (15-30), 2020, pp. 599, 602 ss. Sobre la tradicional diferenciación entre teoría jurídica del delito y teoría de la determinación de la pena, véanse, entre otros, GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, p. 64; FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret*, (1), 2007, pp. 1 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, pp. 5, 7 s.; PERALTA, *Doxa*, (31), 2008, pp. 600, 610 s.; y FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica,* 2014, pp. 129, 250, 256, 277 ss.

[45] En dicha línea, directa o indirectamente, DREHER, *JZ*, (2), 1967, pp. 44 s.; EL MISMO, *JZ*, (7), 1968, pp. 213 s.; HENKEL, *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, 1969, pp. 20 s., 33; MORRIS, *Mich. L. Rev.*, (72), 1973-1974, pp. 1162 s.; LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, pp. 23 s., 38 s., 44, 69, 81, 110, 115; ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, pp. 138 ss.; MORRIS, *Madness and the Criminal Law*, 1982, pp. 148 ss., 152, 160 s., 168, 179, 188, 200, 203; GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, pp. 128 ss., 175, 206; LA MISMA, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, 1997, pp. 72, 80 s.; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 579 ss., 600; VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, pp. 63 ss., 160 s.; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 33, 36, 41, 88, 94, 100 s.; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 21 s., 27, 36, 39, 69, 71, 195 ss., 361, 389; FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret*, (1), 2007, pp. 9 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, pp. 5, 8; ROBINSON, *Distributive principles. Who should be punished, how much?*, 2008, pp. 120, 141, 157 ss., 238 ss.; BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, 2011, pp. 106 s.; ELHART, *Individualización judicial de la pena en el derecho penal argentino*, 2012, p. 208; FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, pp. 15 s., 19 s., 25 ss., 29 ss., 35 ss., 56 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 85 s., 129, 291 s.; VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, p. 63 —nota 1—; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 263 s., 271 ss., 301 ss., 387 ss.; entre otros.

sumamente complejo,[46] eminentemente valorativo,[47] y en el que parece necesario asumir que se debe proceder más bien por suficiencia[48] o por aproximación[49] en la configuración de la pena puntual a imponer judicialmente.

Resulta posible inferir también una tendencia creciente a colocar el énfasis en el concepto de *injusto* por sobre el de *culpabilidad* en las teorías de la determinación judicial de la pena, que se han ido orientando hacia la fijación de la medida de *injusto* (cometido de forma culpable), y no tanto hacia el establecimiento de la medida de *culpabilidad* del sujeto.[50] Además, de los

---

[46] Al respecto, véase, por todos, BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 32, nota 5, con extensas referencias.

[47] En tal sentido, véanse, entre otros, DREHER, *JZ*, (2), 1967, pp. 43 ss.; HENKEL, *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, 1969, pp. 30 ss.; QUINTERO OLIVARES, *CPC*, (4), 1978, p. 69; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 581 s.; MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os criterios da culpa e da prevenção)*, 1995, p. 588; ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., 1999, pp. 31, 55; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 263.

[48] Véanse, por ejemplo, referencias a la pena *suficiente* exigida por razones de prevención general y a la aplicación de la pena legal mínima en función de lo exigido por la prevención especial en LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, pp. 39 ss. Al respecto, véanse también ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, p. 127 ("hacer determinar la magnitud exacta de la pena exclusivamente por la culpabilidad, es irrealizable ante la inexistencia de una correspondencia exacta entre pena y culpabilidad. La teoría del margen de libertad que decide dentro del marco de la culpabilidad la magnitud de la pena conforme a necesidades preventivas, suministra también bajo este presupuesto un claro resultado: la fijación de la pena en el grado mínimo de culpabilidad."; GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, pp. 121 s., 170, 199; ROXIN, «Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad», en MAIER (comp.), *Determinación judicial de la pena*, 1993, pp. 34 s. ("En algunos casos, pero no necesariamente siempre, ya el límite mínimo del marco penal asegura el respeto del 'mínimo de prevención general'."); MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os criterios da culpa e da prevenção)*, 1995, p. 571 (quien se refiere a mínimos de punición que sean suficientes para la prevención general comunitaria); VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, pp. 73 ss., especialmente p. 83; FREUND, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y Derecho penal,* 2004, p. 121 (se señala que sólo la reacción más moderada puede ser adecuada y correcta); ELHART, *Individualización judicial de la pena en el derecho penal argentino*, 2012, pp. 10, 207; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 270 ss.; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 265, 373 ss. En el marco de la determinación de la pena en supuestos concursales, una propuesta orientada, entre otros principios, por el de punición suficiente, puede consultarse en MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO (coord.), *Memento práctico penal 2021*, 2020, nm. 3250 ss., especialmente nm. 3257.

[49] Aun cuando se exija la fijación de magnitudes *exactas* de pena, se reconoce que no existe una correspondencia ontológica entre gravedad del injusto y gravedad de la pena, que tal correspondencia es fruto de convenciones y que, en todo caso, se debe proceder por *aproximación*. La pena que se impone en cada caso sería una especie de pena exacta a la que se llega, de alguna manera por *aproximación*. Sobre la necesidad de proceder por aproximación, véanse DREHER, *JZ*, (2), 1967, pp. 42 s.; HENKEL, *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, 1969, pp. 30 s.; KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, p. 261; MORRIS, *Madness and the Criminal Law*, 1982, p. 155; ERHARD, *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld*, 1992, p. 351; VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, p. 160; ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., 1999, p. 54; GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, *La concreción del castigo. El ejercicio legítimo del arbitrio judicial en las decisiones individualizadoras, desde un enfoque fenomenológico*, 2017, pp. 379, 386; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 263; entre otros.

[50] En dicha línea, véanse HENKEL, *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung,* 1969, pp. 26 s.; GÓMEZ BENÍTEZ, *RFDUC*, (3), 1980, pp. 152, 176 ss., 183; ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, pp. 112 s.; ERHARD, *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld*, 1992, pp. 345 ss.; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 598 ss.; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, p. 212; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 18,

planteamientos existentes puede inferirse que el concepto de injusto sería susceptible de graduación bidireccional, en sentido descendente (atenuatorio) o en sentido ascendente (agravatorio), lo que justificaría disminuciones o aumentos de pena, respectivamente, en función del menor o mayor contenido de injusto, y que el concepto de culpabilidad, en cambio, operaría de forma unidireccional como mero límite del castigo, esto es, como un filtro que debe atravesar el injusto concurrente a los efectos de poder ser legítimamente castigado. La culpabilidad sería solo susceptible de graduación en sentido descendente (atenuatorio) y permitiría fundamentar, por tanto, el mantenimiento pleno de la medida de pena que se justifique en razón del injusto cometido o, en su defecto, la imposición de un castigo reducido o la absolución, según concurran causas de disminución o de exclusión de la culpabilidad, respectivamente.[51]

Otra tendencia que puede inferirse en la materia radica en el amplio reconocimiento de que la mejor orientación existente a los fines de determinar la pena salvaguardando la seguridad jurídica debe proceder de una adecuada actuación del poder legislativo: en cumplimiento del principio de legalidad de los delitos y de las penas (y más específicamente, del mandato de determinación —*lex certa*— inherente al mismo), los límites (mínimo y máximo) de punición de cada delito deberían fijarse en sede legislativa, de forma suficientemente determinada y procurando la elaboración de marcos penales relativamente estrechos. No obstante, se suele defender también la necesidad de conceder un margen de maniobra nada desdeñable a los órganos jurisdiccionales para que puedan valorar las circunstancias concretas del hecho y del autor, recorrer en toda su extensión el marco de punición desde su mínimo hasta su máximo y fijar, en última instancia, el castigo adecuado al caso enjuiciado, existiendo cierta reticencia a que se predetermine de forma excesiva por parte del legislador el campo de lo punible.[52]

21, 50, 62, 195 ss., 220, 390 ss.; HORN, «§ 46», *SK*, 7ª ed., 2001, nm. 41; FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret*, (1), 2007, pp. 9 s.; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, pp. 4, 9 s.; y FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 291 s.; entre otros.

[51] Sobre el reconocimiento de que injusto y culpabilidad constituyen magnitudes graduables, véanse, por ejemplo, ERHARD, *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld*, 1992, p. 345; MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os criterios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 478 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena, función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, 1997, p. 180; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, p. 5 (injusto, culpabilidad y punibilidad son "magnitudes materiales graduables"); y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 271 ss. Sobre la concepción mayoritaria en la determinación judicial de la pena que adjudica a la culpabilidad una función de límite (o, en terminología de HORN, de filtro, cedazo o colador) respecto a la *medida de injusto* que debe atribuirse al responsable, véase, por todos, BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 274 s. —con extensas referencias en nota 13—).

[52] Aunque se pretenda evitar la implementación de marcos penales excesivamente amplios, existen reticencias desde los enfoques de la proporcionalidad positiva a la implementación de directrices de determinación de la pena demasiado estrictas que limiten sustancialmente el margen de maniobra del juzgador para *recorrer* la escala de penas (sobre ello, véanse, por ejemplo, HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 20, 22, 362 ss. —donde se constata un enfoque orientado hacia la proporcionalidad con el hecho en el que, dentro de marcos penales legales no demasiado amplios, la medida de pena final sea ponderada y calibrada *judicialmente* y no excesivamente por vía *legislativa* ni por *directrices numéricas de determinación de la pena*—; VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 15 s.; y HÖRNLE, «Zur Lage der Strafzumessung in Deutschland», *GA*, (4), 2019, pp. 285 ss.). Sobre la discusión respecto a la necesidad de contar con directrices de determinación de la pena relativamente estrictas, véanse especialmente las diversas contribuciones contenidas en la obra AMBOS (ed.), *Strafzumessung. Angloamerikanische und deutsche Einblicke / Sentencing. Anglo-American and German Insights*, 2020.

Una tendencia adicional en la doctrina especializada de la determinación judicial de la pena radica en que los marcos penales suelen concebirse en clave estrictamente individual para su aplicación a supuestos de unidad delictiva, sin que quede claro qué papel deben ostentar, si es que alguno, consideraciones de tipo sistemático. De una interpretación estrictamente apegada al tenor literal de los preceptos contenidos en la legislación penal, se infiere que los marcos penales de cada tipo contienen elencos de posibles castigos a aplicarse en supuestos de unidad delictiva, de forma tal que cualquier pena inserta entre el mínimo y el máximo de la escala legislativa sería formalmente utilizable, siempre que se respete la unidad mínima de punición que se contemple por parte del legislador.[53] La posibilidad de aplicar una pena mayor o menor de entre aquellas previstas en el marco legislativo dependería de la valoración estrictamente judicial de la gravedad o intensidad de circunstancias relacionadas con el delito y con el sujeto responsable del mismo.[54] Pero poco se suele indicar respecto a la incidencia que en tal valoración deberían tener —si es que alguna— factores de carácter *sistemático* desvinculados del hecho y de la persona del autor, como la penalidad que correspondería aplicar en supuestos concursales de pluralidad delictiva (que podrían a veces castigarse con idénticas penas que las que resultarían formalmente imponibles en supuestos de unidad delictiva), o como las dificultades de control efectivo de las decisiones de fijación de pena por parte de tribunales de alzada en función de la existencia de prácticas deferentes hacia lo decidido por los tribunales de instancia.[55]

---

[53] Téngase presente, en dicha línea, la influencia de la concepción de DREHER del marco penal concebido como escala de gravedad continua (véase supra, nota 17). Según una concepción de tal tipo, la modificación de la escala aplicable debería repercutir en términos generales en la penalidad que corresponda imponer a cada delito, que deberá graduarse en función de la nueva penalidad prevista, y ello incluso retroactivamente, si se tratase de una reforma que disminuya la severidad del marco legal de penas. En una posición próxima se sitúa el planteamiento de VON HIRSCH, si bien teniendo en cuenta todas las escalas penales previstas por el sistema (y no únicamente la correspondiente al concreto delito enjuiciado): para el autor, la modificación legislativa de la medida de punición mínima y máxima de la escala *general* de penas debería repercutir *en cascada* en todas las penas previstas por el sistema para los diversos delitos —dicho en otras palabras: frente a una modificación de la escala de penas en términos *cardinales*, deberá ajustarse la penalidad aplicable a los diversos delitos, manteniéndose la posición dentro de la nueva escala de castigos de cada uno de ellos en función de su gravedad *relativa*—. La lectura en clave individual de las escalas penales por parte de VON HIRSCH también se infiere de que su diferenciación categorial entre proporcionalidad cardinal y ordinal fue objeto de elaboración para el abordaje de la penalidad aplicable en supuestos de unidad delictiva —y no de pluralidad delictiva—. Sobre ello, véanse, entre otros, DREHER, *MDR*, (4), 1961, p. 344; EL MISMO, *JZ*, (2), 1967, pp. 42 s.; EL MISMO, *JZ*, (7), 1968, p. 212; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 595 ss.; VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, pp. 71 ss.; ZIFFER, «Artículos 40/41», en BAIGÚN/ZAFFARONI (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 2A, 2ª ed., 2007, p. 74 ("toda modificación del marco penal produce, automáticamente, una alteración del parámetro utilizado y habrá de modificar, necesariamente, el monto de la pena"); ROBINSON, *Distributive principles. Who should be punished, how much?*, 2008, p. 141; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 105 s. —nota 60—; y VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 58, 60.

[54] Justamente en ello radicaría lo específico de la determinación *judicial* de la pena: en el *margen de maniobra* del que disponen los juzgadores para moverse con relativa libertad *dentro del marco penal legislativamente previsto*, para *recorrer* el mismo en sentido ascendente o descendente y *fijar* en su interior la pena específica que consideren corresponde aplicar al caso concreto.

[55] Sobre lo que sí hay referencias es sobre la escasa utilidad de ciertas teorías de la determinación judicial de la pena para fundamentar las decisiones de *fijación de* la pena por parte de tribunales de instancia, como así también sobre el origen procesal (en la jurisprudencia de tribunales de revisión) y la utilidad de dichas teorías para fundamentar decisiones *deferentes* hacia lo decidido por tribunales de instancia. Al respecto, véanse ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, p. 148; ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*, 1994, p. 41; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 17, 35 s., 62 s., 75; y ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., 1999, p. 50.

La superación de la concepción ilustrada del juzgador como mero aplicador mecánico de la ley (como *bouche de la loi*) y el reconocimiento de que los órganos judiciales ostentan atribuciones interpretativas obligan a que se deba conceder a los juzgadores *cierto margen de maniobra* en la determinación de la pena, lo que supone necesariamente adjudicarles la potestad de adoptar decisiones con implicaciones político-criminales.[56] Sin embargo, se debe tener presente también que el acto de determinación judicial de la pena no se concibe ya como un acto soberano absolutamente discrecional perteneciente en exclusiva al juzgador de instancia y no susceptible de ulterior control, sino que en el desarrollo de la labor de fijación del castigo del caso concreto se exige que los órganos judiciales utilicen el margen de maniobra que se les reconoce mediante la sujeción estricta a los principios y normas jurídicas vigentes y procurando la maximización de las posibilidades de control.[57]

De lo indicado, sin embargo, no debe inferirse que el cometido de los juzgadores en la determinación del castigo se sitúe *exclusivamente* en *recorrer* (de forma *ascendente* o *descendente*) la escala legal de penas, sin que quepa asignarles margen de maniobra alguno (también) para incidir en la decisión (previa) referida a si se debe *ingresar* al marco penal, decisión esta última que se vincula con el *sí* de la pena y que tradicionalmente ha sido respondida por la teoría jurídica del delito en función de las exigencias previstas en la norma primaria de conducta, *con independencia de lo previsto en la norma secundaria de sanción*. Cabe pensar que la severidad de la pena *mínima* que deba imponerse en función de la escala legal aplicable podría resultar relevante como criterio hermenéutico para efectuar una delimitación adecuada del alcance mismo de la norma primaria de conducta. Ello supondría admitir la posibilidad de interpretar que un determinado hecho *formalmente* típico no deba ser, sin embargo, castigado por no resultar *materialmente* relevante al no alcanzar el umbral de gravedad requerido por la penalidad *mínima* de obligada imposición. Tal matiz no ha sido objeto de tratamiento en profundidad en la doctrina especializada.

Del reconocimiento de un *margen de maniobra* a los juzgadores de instancia en supuestos de unidad delictiva tampoco resulta evidente que se les deba permitir *recorrer* la escala de punición *en toda su amplitud desde su punto mínimo hasta su máximo*: un margen de maniobra de tal amplitud no parece casar bien con la idea del logro de un control efectivo y pleno de las decisiones de determinación de la pena. Y ello por dos razones: a) si se pretende seriamente controlar en mayor medida (idealmente, de forma plena y efectiva) las decisiones de medición del castigo judicialmente adoptadas conforme a principios y normas jurídicas, deberían diferenciarse (o, en terminología de VON HIRSCH, "espaciarse")[58] claramente los puntos de castigo de legítimo empleo por parte de los juzgadores de instancia, quienes deberían limitarse a recorrer la escala de penas únicamente utilizando dichos puntos específicos diferenciados;[59] y b) debería

[56] En la línea del texto, véase especialmente SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, p. 4 —"No puede dudarse de que el juez hace política criminal; de modo especial en la individualización de la pena" —, p. 4, nota 5 — "También la lleva a cabo en la determinación de los hechos y en la imputación del delito"—).

[57] La naturaleza jurídica tradicionalmente reconocida a la determinación judicial de la pena como acto perteneciente al juzgador de instancia —a su discrecionalidad plena— y jurídicamente irrevisable ha evolucionado hasta llegar a ser concebido como un acto de discrecionalidad reglada y constitucionalmente revisable. Sobre la evolución de la naturaleza jurídica de la determinación judicial de la pena, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 277 ss.

[58] Véanse, al respecto, VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, pp. 46 s.

[59] Mientras más alternativas de tratamiento penológico se admitan para las posibles realizaciones fácticas de un mismo tipo penal (esto es, mientras más variada sea la gama de posibles magnitudes de pena a

evitarse la posibilidad de que se apliquen idénticas magnitudes de punición para supuestos que no se correspondan valorativamente con idéntica medida de injusto culpable.[60]

Finalmente, cabe apuntar que de la evolución en la discusión científica existente en la materia parece desprenderse la concurrencia de un fundamento diferenciado respecto a lo que justifica las medidas mínima y máxima de pena de posible aplicación: al hilo del abandono del denominado Derecho penal retributivo y de la adhesión a un Derecho penal fundamentado en términos preventivos, se constata una suerte de *asimetría en la punición*, ya que el fundamento (preventivo-general) de la pena *mínima* no coincidiría con el fundamento (con base en la idea de retribución/culpabilidad/merecimiento) de la pena *máxima* (que no debe ser desbordada).[61] Si se admite que incluso con la imposición de la pena *mínima* legalmente prevista se satisfacen *suficientemente* los fines preventivo-generales que fundamentan la intervención penal, no resulta evidente que deba permitirse demasiada amplitud para que el juzgador *recorra* toda la escala de penas y decida con suma libertad dónde *aterrizar* dentro del marco de punición, con la única exigencia de que respete los límites (mínimo y máximo) y la unidad mínima de punición —que legalmente se fijen—, máxime si se tiene en cuenta, de conformidad con lo anteriormente indicado, que los fines absolutos y/o relativos que *puedan* aún no estar suficientemente

aplicar), más dificultades surgirán para determinar si el juzgador de instancia ha procedido correctamente. Limitar las alternativas de punición de posible utilización puede facilitar la adopción de decisiones valorativas sobre cuál pena debe aplicarse (por parte del tribunal de instancia) y sobre si se ha aplicado la alternativa punitiva (más) correcta (a juicio del tribunal de revisión). Ciertos estudios reflejan que, en la práctica, se emplean a veces relativamente pocas magnitudes de punición por los juzgadores de instancia, pese al gran abanico de alternativas que permitiría el marco penal; en tal sentido, véanse, por ejemplo, STRENG, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit. Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung*, 1984, p. 105; ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*, 1994, pp. 287 ss.; MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os criterios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 104 s.; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, p. 52; OSTROM/OSTROM JR., «A New Look at Sentence Severity», en TATA/HUTTON (eds.), *Sentencing and society. International perspectives*, 2004, pp. 277 ss.; ALBRECHT, «Tatproportionalität in der Strafzumessungspraxis», en FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (eds.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung. Buchenbach-Symposium 1999*, 2003, p. 227 ("En conjunto, las penas se ubican en el tercio inferior del marco penal legal; estas distribuciones han sido siempre una y otra vez detectadas desde hace tiempo; la utilización del marco penal se concentra en pocas magnitudes de pena dentro del marco penal"), p. 229 (se indica que en ciertos ámbitos delictivos de gravedad existen estudios empíricos que demuestran que en porcentajes significativos de casos las penas se insertan en únicamente 7 magnitudes individuales de punición —con referencias a estadísticas de Alemania y Austria—); y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 373 ss., especialmente p. 374, nota 179; entre otros.

[60] Adviértase la posibilidad de que castigos insertos en los segmentos superiores del marco penal e impuestos *en supuestos de unidad delictiva* coincidan con los que puedan disponerse *en supuestos de pluralidad delictiva* que presenten un grado de injusto culpable de mayor intensidad. La problemática indicada puede visualizarse con claridad en supuestos de concurso ideal: que en algunos sistemas tales supuestos deban resolverse mediante la aplicación del principio de absorción agravada (como sucede en España, en donde la regla penológica prevista para castigar tales supuestos se contiene en el art. 77.2 del CP, que obliga a emplear la escala penal correspondiente al delito más grave, en su mitad superior), supone que el marco penal del delito más gravemente castigado (o una parte del mismo) deberá utilizarse para castigar el injusto global concurrente; pero ello no impide que, como fruto del ejercicio de la discrecionalidad judicial sujeta a reglas jurídicas, una pena de la misma magnitud pueda imponerse si se perpetrara únicamente un solo delito —aquel más severamente castigado—.

[61] Sobre la existencia de límites consecuencialistas a la pena, véase RODRÍGUEZ HORCAJO, «¿Límites consecuencialistas a una pena consecuencialista? Una introducción», en CANCIO MELIÁ/MARAVER GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/GUÉREZ TRICARICO/RODRÍGUEZ HORCAJO/BASSO (eds.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, 2019, pp. 291 ss.

satisfechos con la imposición de la pena mínima representan nociones esencialmente imprecisas y, por tanto, inidóneas para identificar magnitudes punitivas exactas.[62]

3. Propuesta de una teoría de determinación judicial de la pena orientada hacia el plano sistemático y hacia la proporcionalidad estricta con la gravedad del hecho

Partiendo del estado actual de la cuestión en la materia, se procede al planteamiento de un nuevo enfoque conceptual de determinación judicial de la pena con énfasis en consideraciones de carácter sistemático y en la fijación de penas estrictamente proporcionadas a la gravedad del hecho. El enfoque que se propone procura tomar debidamente en cuenta las tendencias convergentes anteriormente identificadas e intenta subsanar el déficit de tratamiento de las problemáticas aún requeridas de mayor abordaje y sistematización en el plano conceptual.

La teoría que se desarrolla se estructura en torno a la redefinición del concepto, contenido e implicaciones de las categorías de proporcionalidad cardinal y ordinal de VON HIRSCH. En última instancia, se postula que la pena del caso concreto debe resultar de la valoración sincrética de exigencias de proporcionalidad *cardinal* y de proporcionalidad *ordinal*. Al amparo de las primeras, se procurará atender a la problemática respecto a si corresponde asignar relevancia a aspectos sistemáticos (desvinculados del injusto culpable individualmente concurrente) en la medición judicial de la pena. Al amparo de las segundas, se procurará atender a las problemáticas consistentes en responder a los interrogantes respecto a si existen supuestos en los que se debe *no ingresar* al marco penal y respecto a con qué amplitud debe interpretarse el *margen de maniobra* del que disponen los juzgadores de instancia al fijar la pena individual al *recorrer* la escala aplicable.

En el ejercicio de descender desde el plano de lo abstractamente previsto por el legislador hasta el plano concreto de la pena exacta aplicable, el juzgador debe desarrollar su labor de determinación de la pena a partir de la realización de una actividad valorativa de naturaleza jurídica híbrida o dual, desarrollando *prevalentemente actos de aplicación estricta del Derecho* y *marginalmente actos de configuración* del mismo. Los primeros implican que el juez debe sujetarse a los valores, principios y normas jurídicas vigentes; los segundos, que el juez, *dentro del marco de lo legalmente permitido*, dispone de margen de maniobra para efectuar una delimitación de lo previsto en abstracto a los efectos de realizar ulteriores diferenciaciones (típicas y punitivas), contribuyendo con ello de forma *complementaria* a la delimitación del campo de lo delictivo y de lo punible —delimitación que, en su núcleo *esencial*, compete en exclusiva al poder legislativo—. En el terreno de la graduación judicial del castigo, de lo que se trata, en definitiva, es de que el juzgador, dentro del margen de valoración que se le conceda, maximice el respeto de los principios de legalidad y de proporcionalidad cuando determine la *intensidad típica* de la configuración fáctica del delito —de entre las infinitas alternativas posibles— formalmente subsumible en un tipo penal, y que establezca la penalidad específica que, en su caso, corresponda aplicar —dentro de las amplias alternativas de punición que admita la norma de sanción—.

La determinación judicial de la pena, conforme a lo recién indicado, se concibe como un proceso estructurado en torno a la realización de sendos juicios de subsunción *punitiva* de hechos

[62] Sobre ello, véase *supra*, nota 41.

formalmente típicos en la norma de sanción.[63] El *primer juicio de subsunción punitiva* requiere delimitar el alcance de la norma primaria de conducta en función del nivel de punición contenido en la penalidad *mínima* prevista por la norma secundaria de sanción, y definir, con ello, qué *umbral o intensidad de injusto típicamente concurrente* se requiere para *ingresar* al marco penal; dicho juicio se corresponde con la decisión respecto a si se debe *ingresar* al marco penal abstracto. El *segundo juicio de subsunción punitiva*, por su parte, supone una labor de mayor complejidad, puesto que requiere delimitar tanto el alcance de la norma secundaria de sanción como el de la norma primaria de conducta: se trata de precisar qué tan grave es el hecho delictivo (que ya reúne el umbral de gravedad requerido por la penalidad mínima contenida en la norma secundaria de sanción), y qué tan intensa debe ser la respuesta punitiva al mismo, debiéndose decidir si esta se *mantiene* anclada en el punto inferior de la escala aplicable, o si esta última se *recorre en sentido ascendente* hasta fijar la pena en una magnitud superior por estarse ante una intensidad de injusto culpable concurrente que excede la que resulta proporcionada estrictamente a la penalidad mínima prevista en la norma secundaria de sanción; dicho juicio se corresponde con la decisión respecto a si el marco penal abstracto debe *recorrerse en sentido ascendente*.

Se desarrollará primeramente el tratamiento conceptual de lo atinente a las exigencias (sistemáticas) de proporcionalidad *cardinal* (3.1.). Seguidamente se realizará el abordaje de las exigencias (estrictas) de proporcionalidad *ordinal* (3.2.). En el último apartado se especificará la interrelación existente entre las exigencias de proporcionalidad cardinal y ordinal del castigo (3.3.).

3.1. Proporcionalidad cardinal: concepto, contenido e implicaciones de las exigencias cardinales del castigo

a. Concepto

La fijación de penas para casos concretos en sede judicial debe respetar exigencias de proporcionalidad *cardinal*. En la concepción de VON HIRSCH, ello significa que la pena individual debería fijarse de conformidad con los niveles de severidad de castigos previstos *convencionalmente* por el sistema jurídico-penal. En consonancia con ello, para dicho autor, las exigencias de proporcionalidad cardinal se identificarían con los puntos estipulados en abstracto de anclaje mínimo y máximo de la escala general de penas y de las escalas específicas de penas (marcos penales) aplicables a cada delito, y con el límite que se prevea (también en abstracto) para proceder a la suspensión de la ejecución de la pena impuesta —"*in/out line*"—.[64]

---

[63] De forma previa a la realización de los juicios de subsunción *punitiva* (que conducen a determinar en qué magnitud exacta de la escala de penas se debe *insertar* el delito perpetrado) se requiere, evidentemente, que se haya respondido afirmativamente al juicio de subsunción *típica* de la conducta a castigar (que conduce a determinar que el hecho resulta subsumible en la descripción típica realizada en abstracto por el legislador). Téngase presente que, ya sea que se trate de un juicio de subsunción *típica*, ya sea que se esté ante uno de subsunción *punitiva*, la labor judicial que se debe llevar a cabo requiere del ejercicio de atribuciones interpretativas que no se limitan a una mera aplicación mecánica de normas jurídicas. Sobre ello, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 282 ss.

[64] Sobre el concepto de proporcionalidad cardinal (o absoluta), véanse, entre otros, VON HIRSCH, *Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, 1985, pp. 43 ss., 92 ss.; MANNOZZI, *Razionalità e "Giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, 1996, pp. 200 (nota 4), 203 ss.; VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, pp. 43 ss., 71 ss.; JAREBORG, «Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?», en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, 1998, p. 138; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión,*

Sin embargo, limitar lo que deba entenderse por *niveles de severidad de castigos del sistema* a lo que se estipule *en abstracto* implica restringir excesivamente el marco de las exigencias de proporcionalidad cardinal del castigo a las convenciones fijadas por el legislador.[65] Ello supone un enfoque demasiado centrado en el plano formal, que dejaría fuera de consideración aspectos de diversa procedencia que, a mi parecer, deberían ser tomados en cuenta a los efectos de delimitar e interpretar, más allá de lo previsto en abstracto en las normas de sanción, lo que deba entenderse por *nivel de severidad de castigos del propio sistema jurídico-penal*.

En dicha línea, en la determinación judicial de la pena, además de los niveles de punición convencional y formalmente fijados en abstracto y plasmados en las normas de sanción, el juzgador debe tener en cuenta aspectos de corte *sistemático* que, pese a no vincularse específicamente con el delito individual a enjuiciar, deben ser tomados en consideración a los efectos de *minimizar distorsiones valorativas* que generan cierta desigualdad en la imposición de las penas. Se trata de aspectos que deben incidir interpretativamente en la comprensión del nivel de severidad previsto por el sistema jurídico-penal y que se erigen en parámetros hermenéuticos para delimitar la forma en que se debe ejercitar el margen de maniobra del que dispone el juzgador al momento de interpretar las escalas penales aplicables y de descender del terreno de lo abstracto al de lo concreto en la determinación de la pena.

Los factores sistemáticos deben irradiar todo el proceso de determinación judicial de la pena y contribuyen a dotar de mayor contenido el campo de la proporcionalidad cardinal, que no debe concebirse exclusivamente como *identificación* de los niveles de severidad de castigos previstos convencionalmente y en abstracto por el sistema jurídico-penal. Por irradiar todo el proceso cuantificador, las exigencias *cardinales* del castigo no pueden resultar desatendidas ni tampoco infravaloradas, sino que deben recibir atención central por parte de la dogmática de la determinación judicial de la pena. La asignación de un papel protagónico a lo *cardinal* en la imposición judicial del castigo supone, por tanto, un elemento diferencial respecto al planteamiento de VON HIRSCH y sus partidarios, para quienes la atención parece recaer en todo aquello perteneciente al campo categorial de la proporcionalidad *ordinal*.[66] Lo planteado supone un reposicionamiento del concepto de proporcionalidad cardinal en la determinación judicial de la pena, hasta ahora escasamente tenido en cuenta por considerarse que este se vinculaba únicamente con aspectos dependientes de cuestiones político-criminales impuestas externamente al juzgador y frente a las que este poco o nulo margen de maniobra ostentaba.

La toma en consideración en sede de graduación judicial del castigo de aspectos sistemáticos no debe resultar problemática, ya que se reconoce al juzgador de lo penal atribuciones

cooperación y equidad, 2016, p. 84; BASSO, «Sobre la relevancia de las penas mínimas. Una reflexión a partir del caso mesa nacional Herri Batasuna (STC 136/1999, de 20 de julio)», en PÉREZ CEPEDA (dir.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político-criminal*, 2017, pp. 244 s.; y VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 59 s.

[65] O, en el caso de ciertos sistemas jurídicos, por las comisiones expertas y especializadas competentes en materia de elaboración de directrices de determinación de la pena (*sentencing commissions*).

[66] Sobre el énfasis de los partidarios de teorías de la proporcionalidad estricta en exigencias de proporcionalidad *ordinal* en detrimento del concepto de proporcionalidad *cardinal*, véanse, por ejemplo, VON HIRSCH, *Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, 1985, pp. 92 ss.; EL MISMO, *Censurar y castigar*, 1998, pp. 71 ss., 146 s.; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 21 s., 155 —nota 202—, 361; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2007, p. 7; ROBINSON, *Distributive principles. Who should be punished, how much?*, 2008, p. 141; y VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 56, 62.

interpretativas que deben canalizarse *prevalentemente* a través de la *aplicación estricta* del Derecho y *marginalmente* a través de la *configuración* de las normas jurídicas aplicadas. El juzgador, al fijar la pena, efectúa juicios interpretativos respecto a la *aplicación* del *sistema jurídico en su conjunto* —y no solo con relación a la norma *legislativa* de sanción asociada a un tipo penal—; asimismo, mediante sus juicios interpretativos contribuye también a la *configuración* misma del Derecho que aplica, puesto que su labor supone una delimitación del alcance de las normas jurídicas elaboradas en abstracto por el legislador: el juez *complementa* la *función legislativa* de creación del contenido *esencial* de la norma típica (efectuando ulteriores distinciones sobre la intensidad típica concurrente) y de las escalas penales (precisando la pena exacta que debe imponerse frente a cada realización concreta del tipo).

Que el juzgador disponga de atribuciones interpretativas no significa, sin embargo, que se le adjudique un *margen de maniobra* que suponga una injerencia indebida en el terreno propiamente legislativo de *creación* de delitos y marcos penales. En tanto la labor de configuración judicial de castigos individuales suponga un ejercicio *complementario* y *marginal* respecto a la delimitación del ámbito de lo delictivo y de lo punible que se subordina al *núcleo esencial* de las prescripciones contenidas en las normas jurídicas de formulación parlamentaria, no podrá afirmarse que exista una indebida injerencia judicial en el terreno de lo propiamente legislativo.[67]

b. Contenido

Conforme a lo recién indicado, los niveles de severidad de castigos previstos convencionalmente y en abstracto por el sistema jurídico-penal no agotan el contenido propio de las exigencias de proporcionalidad cardinal. Las consideraciones *sistemáticas* desvinculadas del concreto delito (y de su autor) son múltiples y variadas: pueden consistir en prescripciones jurídicas de rango constitucional, legal o de otra clase, en cuestiones vinculadas con la dinámica del Derecho en sede aplicativa o en aspectos de carácter conceptual. Se trata de aspectos de difícil ponderación y concreción, y cuya contribución como *complementos* a tener en cuenta para precisar el nivel de severidad de castigos del sistema se produce a partir de su incidencia *difusa o indirecta* en la forma en que deben judicialmente interpretarse los marcos penales previstos en abstracto cuando se trata de proceder a la imposición de penas en supuestos concretos.

Sin ánimo de exhaustividad, se examinan a continuación las principales consideraciones sistemáticas relevantes en la determinación judicial de la pena y que, según el esquema que se propone, proceden de la dogmática de los concursos de delitos, de dinámicas de tipo procesal, de

[67] Lo indicado supone, en esencia, un fenómeno análogo al del funcionamiento de las normas penales en blanco o con elementos normativos. Las exigencias de legitimidad para admitir la labor complementaria, marginal y subordinada del juzgador para *completar* el alcance de tales normas *incompletas* mediante el ejercicio de sus atribuciones interpretativas y de integración del Derecho —precisando los alcances del tipo y la magnitud exacta de punición aplicable— debería regirse por requisitos análogos a los exigidos en el ámbito de las normas penales en blanco o con elementos normativos. Sobre ello en el sistema español, véase la consolidada jurisprudencia constitucional reflejada, entre otras, en la STC 120/1998, ponente García-Mon y González-Regueral, de 15 de junio (FJ quinto) y STC 24/2004, ponente Pérez Vera, de 24 de febrero (FJ séptimo y octavo). Sobre la cuestión, véanse también RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, 1978, pp. 62, 286 s. (quien puntualiza que la integración de tipos abiertos o en blanco a partir de valoraciones *judiciales*, aunque necesaria, debe admitirse solo de forma excepcional, por implicar "una sensible limitación del principio de legalidad") y FREUND, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y Derecho penal,* 2004, p. 93 (quien alude al carácter ideal y necesariamente abstracto tanto del Derecho penal sustantivo como del de la determinación de la pena).

principios de raigambre constitucional, del terreno del Derecho penal internacional y del campo conceptual de las teorías de la pena.

(i) Consideraciones procedentes de las reglas de determinación de la pena aplicables en supuestos concursales de pluralidad delictiva

Como aspectos que deben incidir en la interpretación judicial de los marcos penales cabe aludir, en primer lugar, a consideraciones vinculadas con la penalidad aplicable en supuestos concursales de pluralidad delictiva. En los sistemas de corte continental suelen existir reglas que fijan límites *jurídicos* de carácter cuantitativo respecto al castigo global imponible en supuestos de pluralidad de delitos y que impiden, en ocasiones, que la penalidad correspondiente a tales supuestos pueda ser la resultante de la suma aritmética de las penas individualmente imponibles respecto a cada delito objeto de condena. Se trata de situaciones en las que se terminan concediendo descuentos punitivos incluso en los casos donde paradójicamente concurre, en términos estrictamente delictivos, una mayor lesividad social: aquellos en los que la sumatoria de penas individualmente impuestas exceda los límites (relativos o absolutos) que legislativamente se fijen para supuestos de concursal real y en los que, con independencia de la cantidad y gravedad de los delitos objeto de condena, se aplicarán (*en beneficio del condenado*) dichos límites legislativamente fijados.[68]

Que se proceda de tal forma en *supuestos concursales de pluralidad delictiva*, a mi parecer, no puede constituir un elemento irrelevante respecto a la pena final que deba imponerse en *supuestos de unidad delictiva*. Si bien se está ante situaciones pertenecientes a distintos regímenes de determinación de la pena, ambas se insertan en un único sistema jurídico en el que debe procurarse la evitación de distorsiones valorativas consistentes en que idénticas magnitudes (absolutas) de punición se apliquen a supuestos comparativamente (en términos relativos) de diverso contenido de injusto culpable (individual o global).[69]

Con independencia de las reglas legales de determinación de la pena aplicables a cada caso, la necesidad de minimizar posibles inconsistencias valorativas del sistema y de fomentar una ordenación lo más consistente posible en cuanto a la penalidad aplicable a supuestos de unidad delictiva y a supuestos concursales de pluralidad delictiva deben conducir a interpretar restrictivamente las posibilidades de recorrer la escala legal de penas por parte del juzgador en supuestos de unidad delictiva.

Por tanto, si frente a plataformas fácticas complejas en la que concurren efectivamente múltiples delitos se contemplan posibles restricciones a la pena global aplicable (incluso en casos especialmente graves a través de descuentos punitivos inmerecidos concedidos en atención a

[68] En supuestos de concurso real, la pena global resultante, de aplicarse los límites jurídicos previstos, podría ser significativamente menor que la sumatoria aritmética de las penas individualmente impuestas por cada delito; en los supuestos de concurso ideal y medial, por su parte, la pena global resultante no podrá ser nunca mayor que la sumatoria aritmética de las penas individualmente imponibles por cada delito (sobre los diferentes límites de punición aplicables en supuestos de concurso real, ideal y medial en el sistema español, véanse los arts. 76, 77 del CP español; en la doctrina, véase especialmente MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO (coord.), *Memento práctico penal 2021*, 2020, nm. 5567 ss., 5591 ss., 5595 s.).

[69] Sobre ello, véanse BASSO, «Determinación de la pena en supuestos de unidad delictiva y de concursos», en ZIFFER (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal. Justicia Federal*, t. 11, 2018, pp. 19 ss.; y EL MISMO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 309 ss.

razones desvinculadas del delito, como sucede en supuestos de concurso real), ello debería tenerse en consideración y conducir, de forma refleja o indirecta, a interpretar restrictivamente por parte del juzgador los marcos penales aplicables al momento de efectuar la determinación judicial de la pena en supuestos de unidad delictiva, la cual debería, en razón de ello, orientarse hacia la fijación, en principio, de castigos próximos a los segmentos inferiores de la escala aplicable.[70]

(ii) Consideraciones procedentes de dinámicas procesales

Como aspectos que deben incidir en la interpretación judicial de los marcos penales cabe referirse, en segundo lugar, a consideraciones procedentes de dinámicas procesales y que se vinculan con las prácticas deferentes de los tribunales de control que pueden generar indefensión, y con las posibles desigualdades que puedan producirse en las distintas fases de la determinación de la pena.[71] Respecto a lo primero, se ha constatado que los tribunales (judiciales y constitucionales) competentes para controlar la corrección de las decisiones de determinación judicial de la pena suelen ser deferentes a lo decidido inicialmente por los tribunales de enjuiciamiento y por el propio legislador; dicha dinámica procesal *deferente* dificulta las posibilidades de control efectivo de las decisiones adoptadas y, con ello, la corrección de posibles penas desproporcionadas (del propio legislador, al elaborar la ley, o del juzgador de instancia, al aplicarla ejercitando su margen de maniobra) en la imposición del castigo.[72] Respecto a lo segundo, es menester señalar que en ciertos estadios de determinación de la pena la presencia de fuertes componentes de discrecionalidad ha conducido a que se los caracterice como proclives a la generación de prácticas desigualitarias. Ello sucede muy especialmente, por ejemplo, en el campo de la determinación judicial de la pena[73] o en el de la determinación gubernativa de la pena —concesión (o denegación) de indultos—.[74]

La constatación de tales dinámicas procesales, a mi parecer, no puede constituir un elemento irrelevante respecto a la forma en que deben ejercitarse las atribuciones del juzgador de instancia

[70] Referencias a cuestiones de proporcionalidad cardinal y de proporcionalidad ordinal en el ámbito estrictamente de la dogmática de los concursos (que permitirían afirmar la relevancia de los límites jurídicos de acumulación aritmética de penas como condicionante *cardinal* de la ordenación de delitos y penas en función de su gravedad en supuestos de unidad delictiva) se contienen en JAREBORG, en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, 1998, pp. 129 ss.; MAÑALICH RAFFO, «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», *Política criminal*, (10-20), 2015, pp. 511 ss., 523 ss.; y MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO (coord.), *Memento práctico penal 2021*, 2020, nm. 3257.

[71] Sobre ello, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 315 ss.

[72] Sobre la deferencia en la jurisprudencia del TC español, véase especialmente LASCURAÍN SÁNCHEZ, «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *InDret*, (3), 2012, pp. 1 ss. Sobre la deferencia en la jurisprudencia del TS a lo decidido discrecionalmente por los tribunales de instancia en materia de determinación de la pena, véanse STS 433/2019, ponente Del Moral García, de 1 de octubre (FJ primero) y STS 207/2020, ponente Del Moral García, de 21 de mayo (FJ segundo).

[73] HÖRNLE se ha referido a la problemática de niveles desigualitarios de imposición de penas entre distintas jurisdicciones alemanas: la autora, pese a la escasa perspectiva de éxito de obtener una rebaja de pena en sede recursiva invocándose las desigualdades en los niveles de punición constatables entre distintas regiones, afirma que tales desigualdades deberían tenerse en cuenta a fin de proponer regulaciones penales que aseguren niveles mayores de seguridad jurídica en la aplicación del Derecho (HÖRNLE, *GA*, (4), 2019, pp. 283 ss.).

[74] Al respecto, véase BASSO, «Determinación de la pena e indulto», en MOLINA FERNÁNDEZ/CARRACEDO CARRASCO (eds.), *El Indulto. Pasado, presente y futuro*, 2019, pp. 503 ss.

al determinar la pena. Mientras se identifiquen dinámicas que dificulten las posibilidades de revisión plena y de corrección efectiva de posibles penas incorrectas (por ejemplo, por resultar legal o judicialmente desproporcionadas su fijación), o que impidan asegurar una aplicación igualitaria del sistema de castigos, el margen de maniobra admisible para calibrar en sede judicial la pena del caso individual debe ser objeto de especiales cautelas. Ello debe tenerse también en cuenta y repercutir como efecto reflejo o indirecto en la forma de interpretar los marcos penales al momento de efectuar la determinación de la pena, justificando que se proceda bajo estándares de interpretación restrictiva al fijarse la pena individual en sede judicial. Mientras más se apegue el juzgador de instancia a la penalidad legal mínima de obligada imposición, menores situaciones de indefensión y/o desigualdad se producirán, por lo que las dinámicas procesales indicadas aconsejan también la orientación hacia la fijación, en principio, de castigos próximos a los segmentos inferiores de la escala aplicable.

(iii) Consideraciones procedentes de principios constitucionales

Como aspectos sistemáticos relevantes con incidencia difusa en la interpretación de los marcos penales de cara a la fijación de la pena del caso concreto cabe mencionar también consideraciones procedentes de la vigencia de los principios constitucionales de legalidad, de resocialización, de prohibición de penas inhumanas o degradantes, de intervención mínima y de proporcionalidad.[75] Importantes aportaciones procedentes de la doctrina especializada de la determinación judicial de la pena se relacionan estrechamente con dichos principios y encuentran cobertura jurídica al amparo de alguno (o varios) de ellos. Así sucede, por ejemplo, con el principio de parsimonia, que se vincula con exigencias de intervención mínima, con el principio de legalidad y con el de proporcionalidad (negativa).[76] Lo mismo puede decirse del principio de maximización de la no desocialización,[77] que tiene anclaje en el principio de resocialización entendido en sentido negativo. También la idea de adecuación o equivalencia estricta entre gravedad del delito y gravedad de la pena, que debería presidir la determinación del castigo, se conecta de forma indubitable con el principio de proporcionalidad estricta o positiva. Además, las tendencias anteriormente identificadas en materia de determinación judicial de la pena y consistentes en que se trata de un campo abocado a proceder por aproximación y en el que los esfuerzos deben orientarse hacia la fijación de penas suficientes encuentran cobertura jurídica en el principio de intervención mínima. El deber de concretar la

[75] Al respecto, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 329 ss.

[76] Téngase presente que el principio de parsimonia se inserta como pieza fundamental en las concepciones de autores anglonorteamericanos partidarios del *limiting retributivism* en su versión inicial o en su más reciente versión expandida (véase, sobre ello, la breve referencia a dichas teorías efectuada en el apartado 2.1).

[77] Ciertas vertientes de la teoría de la prohibición de desbordamiento de la culpabilidad conceden especial relevancia al principio de resocialización concebido en términos más bien normativos y negativos (y no propiamente en términos empíricos y positivos), colocando el énfasis en la *maximización de la evitación de la desocialización* del condenado como parámetro parcial o exclusivamente a tomar en consideración en la graduación de la pena; en dicha línea, véanse, por ejemplo, ROXIN, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, pp. 111 s.; GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, pp. 32, 37, 81 s., 121, 183 ss.; MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os criterios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 563 ss., 574 s.; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, pp. 50 ss., 64 s., 201, 207, 328 s.; y BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, 2011, pp. 592 ss. Sobre la evitación de la desocialización, véase también FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, p. 296.

pena dentro del marco de lo legalmente (convencionalmente) permitido constituye tradicionalmente la esencia de las exigencias cardinales del castigo y se vincula directamente con el principio de legalidad de los delitos y de las penas.

El hecho de que diversas aportaciones y tendencias en el ámbito de las teorías de la determinación judicial de la pena se puedan explicar recurriendo directamente a principios penales de raigambre constitucional debe conducir a adjudicarles incidencia en la fijación judicial de la pena individual. Los principios constitucionales de Derecho penal constituyen también, por lo tanto, aspectos que deben tener un efecto reflejo o indirecto en la forma de interpretar los marcos penales al momento de efectuar la determinación judicial de la pena. Por tratarse de principios limitadores del *ius puniendi* estatal, se trata de elementos que fundamentan proceder bajo estándares de interpretación restrictiva al fijar judicialmente la pena concreta. El juzgador de instancia debe procurar desarrollar su labor de forma tal de maximizar la vigencia de los principios constitucionales del Derecho penal, y ello suministra una razón adicional para proceder con moderación hacia la imposición de castigos que deberán, en principio, insertarse en los segmentos inferiores de la escala legal aplicable cuando se efectúe la determinación judicial de la pena en supuestos de unidad delictiva.

(iv) Consideraciones procedentes del Derecho penal internacional

En el terreno del Derecho penal internacional se observa una tendencia gradual hacia la morigeración de los niveles de severidad de castigos previstos para crímenes que se consideran de máxima gravedad sistémica y que atentan contra la comunidad internacional. Dicha tendencia se observa con claridad si se examina la penalidad máxima establecida en abstracto para los principales tribunales penales internacionales que han funcionado desde la segunda posguerra mundial hasta la actualidad.

Así, cabe puntualizar que el Estatuto de Roma ya no contempla como posible sanción la pena capital —que sí fue prevista y aplicada en los tribunales penales internacionales de Núremberg y Tokio—, ni tampoco estipula la pena de reclusión perpetua como sanción máxima en situaciones de gravedad *ordinaria*, la cual solo se establece como castigo posible en escenarios de gravedad *extraordinaria*[78] —y sí se contemplaba y aplicaba como sanción máxima, en cambio, en los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda—. En el sistema de Derecho penal internacional convencional del Estatuto de Roma la penalidad máxima prevista actualmente para escenarios de gravedad *no extraordinaria* es la pena de reclusión temporal revisable de hasta treinta años.[79]

La tendencia estrictamente vinculada con el nivel de anclaje de la pena *máxima* estatutariamente prevista en el terreno del Derecho penal internacional más reciente, por tanto, refleja una orientación gradual hacia la disminución de la aflictividad de los castigos. Un fenómeno análogo parece suscitarse en el ámbito concreto de la determinación judicial de las penas por parte de los tribunales penales internacionales que se han ido sucediendo desde la segunda posguerra mundial hasta la actualidad, en el que se constata también que los niveles de severidad de las

[78] Véase art. 77.1.b) del Estatuto de Roma.

[79] Véase art. 77.1.a) del Estatuto de Roma.

sanciones individualmente impuestas, en términos agregados, han ido disminuyendo.[80] Además, ciertos datos avalarían la orientación hacia la morigeración de los castigos impuestos en concreto en la escasa y más reciente jurisprudencia de la Corte Penal Internacional: a) aún no se ha impuesto en ningún caso reclusión perpetua revisable (penalidad máxima prevista para crímenes de extraordinaria gravedad), b) solo en un único supuesto se ha dispuesto la imposición de la pena de reclusión temporal máxima de 30 años,[81] c) en los casos en los que el tribunal disponía de margen discrecional de maniobra para adoptar penas de mayor severidad (en función del sistema de sanciones del Estatuto de Roma) se optó por ejercitar cierto *self-restraint* y aplicar la penalidad mínima reclamada por la parte acusadora[82] o la penalidad mínima exigida por la cláusula concursal del art. 78.3 del Estatuto de Roma.[83]

En el Derecho penal internacional convencional más reciente, por tanto, se constata cierta morigeración en el nivel de severidad estatutariamente previsto para el castigo de los crímenes de mayor lesividad imaginables, como así también cierto proceder restrictivo por parte de la Corte Penal Internacional al interpretar cómo debe efectuar la determinación judicial de la pena imponible a la luz de las previsiones contenidas en su sistema de fuentes y de la ausencia de marcos penales diferenciados para cada delito.

Si se tiene en cuenta que en las jurisdicciones penales nacionales y en la jurisdicción penal internacional rige el principio de proporcionalidad penal —aunque con alcances no necesariamente idénticos—, y si se considera también que desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma cualquier hecho de competencia de la Corte Penal Internacional, en principio, debe ser investigado, enjuiciado y, en su caso, sancionado en la jurisdicción *nacional* que corresponda —la jurisdicción de la Corte Penal Internacional es complementaria y subsidiaria de las jurisdicciones de los Estados parte del Estatuto de Roma[84]—, los niveles de severidad de castigos previstos internacionalmente para los crímenes nucleares contra la comunidad internacional deberían erigirse también en un parámetro *sistemático* relevante para interpretar, de alguna manera, los niveles de punición que los Estados parte del Estatuto de Roma deberían implementar en sus jurisdicciones internas. Se estaría aquí ante una situación relativamente análoga a las reflexiones anteriormente planteadas en el apartado (i): si en el tratamiento de casos de máxima severidad sistémica se tiene cierta contemplación —aplicación de descuentos

[80] Sobre la orientación hacia la morigeración en los niveles de punición en abstracto y en concreto en los tribunales penales internacionales, véanse, entre otros, MEERNIK, «Sentencing Rationales and Judicial Decision Making at the International Criminal Tribunals», *Social Science Quarterly*, (92-3), 2011, p. 601; AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, t. II, 2014, p. 254, nota 51 —con múltiples referencias—; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 334 ss.

[81] Ello ha sucedido en la última sentencia de determinación de la pena de la Corte Penal Internacional dictada hasta la fecha (CPI, *Ntaganda Sentence*, 7/11/2019, parágrafos 246 ss.).

[82] CPI, *Al Mahdi Conviction and Sentence*, 27/9/2016, parágrafos 106, 109.

[83] Tal precepto contempla que: "Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 77.". En aplicación de tal cláusula, al dictar sentencia de fijación de la pena por crímenes de suma gravedad contra la comunidad internacional, la Corte, hasta la fecha, ha optado por imponer siempre como pena global una magnitud idéntica a la pena individualmente "más alta de cada una de las penas impuestas" (al respecto, véanse CPI, *Lubanga Sentence*, 10/7/2012, parágrafos 98, 107; CPI, *Katanga Sentence*, 23/5/2014, parágrafos 146, 147; y CPI, *Ntaganda Sentence*, 7/11/2019, parágrafos 248 ss).

[84] Véanse los arts. 17, 20.3 del Estatuto de Roma.

punitivos legalmente previstos respecto a supuestos concursales de pluralidad delictiva en el ámbito doméstico; fijación de penas en abstracto y en concreto gradualmente decrecientes en su severidad para el castigo de los crímenes de mayor lesividad imaginables en materia de Derecho penal internacional—, ello debería repercutir, de alguna manera, en la interpretación que se efectúe de los niveles de severidad que corresponda estipular en abstracto y aplicar en concreto en el ámbito nacional respecto a cualquier tipo de hechos delictivos.[85]

En efecto, si las tendencias orientadas a cierta morigeración de los castigos más graves que se constata en el ámbito internacional no repercuten de ninguna manera en el ámbito nacional, en el escenario actual podría suceder que hechos formalmente de competencia de la Corte Penal Internacional que se investiguen, enjuicien y castiguen en sede estatal resulten más severamente punidos de lo que lo serían en el ámbito internacional, si así lo exigieran los niveles de severidad de penas previstos en abstracto y aplicados en concreto en el ámbito jurisdiccional interno que corresponda. Si bien desde una perspectiva de *lege* y *sententia lata* ello resulta posible —cada jurisdicción es autónoma e independiente, y los niveles de punición previstos en el Estatuto de Roma no prejuzgan respecto a los mayores niveles de punición que respecto a los *mismos delitos* pudieran preverse a nivel estatal—[86], una perspectiva de tipo prescriptivo como la que aquí se adopta aconseja proceder de forma tal de maximizar la evitación de posibles inconsistencias valorativas cuando ellas resulten de las desigualdades en el tratamiento penológico que pueda derivarse de jurisdicciones conexas, aunque formalmente independientes.[87]

En tanto no se produzca una reforma legislativa que ajuste los niveles de punición nacionales a la luz de lo que suceda en el ámbito penal internacional, la única alternativa posible consistirá en adjudicar cierta relevancia refleja o indirecta a lo que (en abstracto y en concreto) vaya sucediendo en este último ámbito. De lo que se trata, en definitiva, es de evitar la inconsistencia valorativa que se produciría si se castigasen en sede estatal delitos de gravedad análoga o inferior a la de crímenes nucleares de Derecho penal internacional, pero con penas de mayor severidad a las aplicadas en la jurisdicción penal internacional —por así permitirlo los marcos de punición de la legislación nacional—. Lo que se estipule en abstracto y en concreto respecto a los niveles de severidad de castigos aplicables en el ámbito del Derecho penal internacional convencional más reciente, por lo tanto, debería erigirse en un elemento hermenéutico relevante de carácter sistemático y con incidencia refleja o indirecta, que fundamentaría un deber de interpretación restrictiva de la forma en que se deben concebir las escalas penales estatales y que implicaría que, dentro de los límites legislativamente previstos, los juzgadores nacionales deberían proceder a la imposición de castigos insertos prevalentemente en los segmentos inferiores de los marcos abstractos de punición.

---

[85] Al respecto, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 334 ss.

[86] Así lo dispone el propio Estatuto de Roma en su art. 80.

[87] El argumento tratado en el texto, por tanto, podría generalizarse de la siguiente manera: frente a la constatación de prácticas judiciales desigualitarias en el tratamiento de delitos de gravedad equivalente entre jurisdicciones *conexas* (aunque no necesariamente pertenecientes al mismo sistema jurídico), se debe proceder con cautela y mediante una interpretación restrictiva respecto a la posible imposición de penalidades que se desvíen de la cuantía punitiva mínima de obligada imposición. Nótese que la situación es análoga a la planteada respecto a la constatación de imposición judicial de niveles desigualitarios de penas en jurisdicciones pertenecientes a un mismo sistema jurídico estatal; sobre ello, véase el apartado 3.1.b.(ii) —nota 73—.

(v) Consideraciones emergentes de las teorías de la pena

Finalmente, resulta posible también identificar elementos sistemáticos que proceden del campo conceptual de las teorías de la pena. Como consideraciones emergentes de dicho campo cabe hacer referencia de forma especial a cinco cuestiones sobre las que parece existir cierto consenso y que deben resultar relevantes, por tanto, para determinar la forma en que deben recorrerse los marcos penales al efectuar la graduación judicial del castigo del caso concreto.[88] La primera de dichas cuestiones se vincula con la imprecisión inherente a *todos* los fines de la pena, que no constituyen conceptos idóneos para fijar cuantías exactas de punición —especialmente tratándose de fines preventivos en sus diversas vertientes, cuya capacidad de rendimiento para la fijación de penas puntuales debe considerarse incluso menor que la que quepa atribuir a los fines absolutos del castigo—.[89] La segunda cuestión se identifica con el reconocimiento de la ausencia, escasez o dificultad de contrastación empírica (en no pocos casos) del logro de los efectos instrumentales que se pretenden conseguir con la pena.[90] La tercera cuestión consiste en que el énfasis mayoritario en materia de fines de la pena se coloca en la producción de efectos en el medio-largo plazo.[91] La cuarta cuestión radicaría en que la producción de los efectos que se esperan conseguir con la imposición de la pena se lograría con la imposición de la pena mínima legalmente prevista, ostentando normalmente un rendimiento escaso, por lo menos en términos estrictamente de prevención de delitos, la posible (mayor o menor) medida de la pena a aplicar en función de lo que permita el marco legal abstracto. Dicho de otra manera: los efectos preventivos se derivarían más bien de evitar la impunidad, condenando con independencia de la *medida* de pena, y no de la imposición de una medida concreta de pena de cierta severidad.[92] La quinta y última cuestión de relevancia a tener en cuenta puede expresarse en cuanto a que existe

[88] Al respecto, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 291 ss., 340 ss.

[89] Sobre el proceder habitual en la materia, que confía excesivamente en la capacidad de rendimiento de las teorías de la pena a los efectos de fundamentar la graduación judicial de la pena del caso concreto, véanse BASSO, «Sobre la incidencia de los fines de la pena en la determinación judicial del castigo», en CANCIO MELIÁ/MARAVER GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/GUÉREZ TRICARICO/RODRÍGUEZ HORCAJO/BASSO (eds.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. II, 2019, pp. 1323 ss.; y GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, *Política Criminal*, (15-30), 2020, pp. 583 ss. Sobre el diverso grado de *confianza* en la noción de merecimiento para efectuar diferenciaciones (*ordinales*) adicionales a las del marco legal de punición aplicable, véase especialmente VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, p. 62.

[90] Sobre ello, véanse, entre otros, MORRIS, *Madness and the Criminal Law*, 1982, pp. 154 s., 169; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, p. 145; PERALTA, *Doxa*, (31), 2008, pp. 602, 604 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 102 ss. (especialmente p. 107: "[L]a gravedad de la pena carece de efectos empíricamente constatables, y la experiencia evidencia más bien lo contrario: las cifras de delincuencia no se ven afectadas por las variaciones punitivas."), 176 ss., 273; y VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 5 ss., 27, 35, 46 —nota 3—, 48, 83, 101, 106 ss., 139, 144.

[91] Al respecto, véanse, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, *RFDUC*, (3), 1980, p. 143; FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, pp. 4, 17, 43 s., 236; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 53, 96 ss., 106 s., 168, 176 s., 274 s.; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2016, pp. 114, 126, 143 s., 149, 174 s., 209, 253 s.; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 265 s.

[92] Sobre la idea de que con penas de baja intensidad aflictiva pero suficientemente serias se puede lograr similar efecto preventivo que con penas de mayor dureza, véanse, entre otros, GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, pp. 115 s., 119.; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, p. 145; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 79, 387 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 2014, pp. 101, 106 ss., 270, 274; y VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, p. 10.

amplio consenso respecto a la necesidad de castigar cada hecho en función de su gravedad relativa, de manera tal que hechos de mayor gravedad sean objeto de mayor castigo que hechos de menor gravedad (y viceversa), y que hechos de análoga/idéntica gravedad sean objeto de análogo/idéntico tratamiento penológico.[93]

Tales cuestiones sobre las que existe amplio consenso en la doctrina resultan relevantes para fundamentar un proceder cauteloso de los juzgadores al invocar los fines preventivo-instrumentales de la pena para justificar segmentos de punición y recorrer en sentido ascendente la escala de castigos. En contraposición a ello, los fines de la pena que puedan resultar más idóneos para determinar la mayor o menor gravedad del hecho podrán tener incidencia para justificar una mayor o menor punición, si bien de carácter limitado, en atención a la imprecisión que (también) les afecta.

Por lo tanto, si los fines (absolutos y relativos) de la pena resultan imprecisos, si se constatan problemas empíricos en la consecución de fines preventivos de tipo instrumental, si el énfasis se coloca en el logro de objetivos en una perspectiva temporal no inmediata —que dificulta construir y constatar una relación estricta de causa-efecto entre medida de pena y consecución del efecto perseguido—, si con la imposición de la pena *mínima* legalmente prevista se satisfacen *suficientemente* los fines perseguidos por el castigo, y si se admite la vigencia de la máxima (*ordinal*) de castigar cada hecho en función de su gravedad relativa, los fines de la pena —especialmente tratándose de aquellos de tipo preventivo-instrumental— difícilmente constituyan parámetros sólidos para justificar desviaciones significativas de la penalidad mínima legalmente prescripta y para fundamentar que se pueda recorrer con amplitud y en sentido ascendente la escala abstracta de penas aplicable. En función de ello, se debe *relativizar* la importancia directa de los fines de la pena en la determinación judicial del castigo y se deben *moderar* las expectativas de rendimiento ordinal que de los mismos cabe esperar en la materia.

Del campo conceptual de las teorías de la pena, por tanto, pueden extraerse consideraciones que deben tener incidencia refleja o indirecta al momento de interpretar los marcos penales aplicables en sede de determinación judicial del castigo, desaconsejando cualquier orientación que, con fundamento directo en los fines de la pena, procure justificar la imposición de castigos individuales precisos significativamente alejados de la penalidad mínima de obligada imposición, máxime si ello se pretende realizar mediante el recurso a fines preventivo-instrumentales desligados de la gravedad objetiva del hecho cometido.

c. Implicaciones

Las variadas consideraciones recién esbozadas —sin pretensiones de exhaustividad— constituyen aspectos relevantes para complementar la comprensión de lo que deba entenderse como *nivel de severidad de castigos previstos por el sistema jurídico-penal*. Se trata de consideraciones que contribuyen a robustecer el contenido propio de la categoría de proporcionalidad *cardinal*, que no puede seguir identificándose exclusivamente con las convenciones sobre penalidades aplicables dispuestas en abstracto por el legislador. Tal nivel de severidad debe surgir de un examen de mayor complejidad, en el que la forma de concretar el margen de maniobra del juzgador en la determinación de la pena debe resultar del examen de

[93] Sobre ello, que supone una tendencia prácticamente unánime en la doctrina, véanse las referencias contenidas en nota 45.

consideraciones vinculadas con las previsiones penológicas legislativamente formuladas y con la valoración global de consideraciones sistemáticas de variada procedencia, que fundamentan un deber de proceder conforme a un estándar de interpretación restrictiva respecto al margen de maniobra que dispone el juzgador al momento de fijar la pena individual dentro de la escala legal.

Como ha quedado reflejado, las diversas consideraciones sistemáticas enunciadas inciden *de forma refleja o indirecta* en la interpretación judicial que deba hacerse del nivel de severidad previsto en las escalas legales de punición. Su valoración resulta necesaria a fin de *minimizar distorsiones que podrían producirse en caso de tomarse únicamente en cuenta aspectos vinculados con el injusto culpable individualmente concurrente*. Que tales consideraciones incidan *de forma refleja o indirecta* significa que se está ante aspectos relevantes, pero de imposible o difícil graduación y, por ende, de nula o escasa utilidad para justificar diferenciaciones punitivas bidireccionales (al alza o a la baja); se trata de aspectos que únicamente deben incidir *de forma asimétrica* al erigirse en razones que aconsejan proceder con prudencia y conforme a un estándar de interpretación restrictiva conducente a la imposición de castigos más bien moderados y próximos a los segmentos inferiores del marco penal, y que dificultan la imposición de penas individuales que se desvíen al alza de la penalidad mínima de obligada aplicación.

Tomar en cuenta consideraciones de tipo sistemático supone aceptar también que, cuando se trata de efectuar la determinación de la pena en sede judicial, no debe interpretarse solamente el concreto injusto culpable en su faceta puramente material e individual, sino también —y de forma muy relevante— el nivel de severidad de castigos previstos y realmente aplicados en el sistema desde una perspectiva de conjunto. De lo que se trata, en última instancia, es de construir (legislativa y jurisprudencialmente) un sistema valorativamente (lo más) ordenado y consistente (posible) de delitos y de penas, graduado *integralmente* en función de la *lesividad social* inherente a la/s conducta/s perpetrada/s.

La categoría de proporcionalidad cardinal, con el contenido propio que aquí se le atribuye (consideraciones variadas de carácter sistemático), conduce a que, en última instancia, los órganos judiciales deban proceder con cautela y conforme a una interpretación restrictiva del nivel de severidad legislativamente previsto en la norma jurídica de sanción cuando adopten decisiones de determinación judicial de la pena en supuestos de unidad delictiva. Ello supone que aquellas decisiones que conduzcan a un apartamiento de la penalidad mínima requieren de un especial esfuerzo argumentativo, por así exigirlo razones de proporcionalidad cardinal.

3.2. Proporcionalidad ordinal: concepto, contenido e implicaciones de las exigencias ordinales del castigo

a. Concepto

La segunda piedra angular sobre la que debe versar el proceso de determinación judicial de la pena se vincula con el concepto de proporcionalidad *ordinal*, que requiere que se atribuya mayor penalidad a hechos que se consideren más graves, menor penalidad a hechos que se consideren más leves e idéntica/análoga penalidad a hechos que se consideren de idéntica/análoga gravedad.[94] En la concepción de VON HIRSCH el concepto de proporcionalidad *ordinal* presenta

[94] Sobre el concepto de proporcionalidad ordinal (o relativa), véanse, entre otros, VON HIRSCH, *Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, 1985, pp. 40 ss., 63 ss.; MANNOZZI,

carácter prevalente respecto al de proporcionalidad *cardinal*, lo que se explica en función de que, en la época y en el contexto en que formuló su teoría, su interés radicaba en combatir el sistema de penas indeterminadas vigente en el ámbito anglonorteamericano —sustentado en la teoría de la prevención especial—, frente al que el autor ofreció como alternativa uno de penas determinadas que dispusiese de escalas penales abstractas que permitiesen ordenar la gravedad relativa de los delitos y de sus penas entre sí.[95] A partir de la acogida que fueron teniendo las teorías orientadas hacia la proporcionalidad —como la de VON HIRSCH—, numerosas jurisdicciones de países de tradición anglosajona han ido adoptando escalas que ordenan en abstracto los delitos y las penas en función de su gravedad relativa. En los sistemas penales continentales orientados hacia la determinación *legal* relativa de la pena, se ha contado tradicionalmente, en cambio, con escalas abstractas de ordenación de delitos y de penas en función de su gravedad desde las primeras experiencias codificadoras.

Los avances que se han ido produciendo en la ordenación *en abstracto* de los delitos y de las penas en función de su gravedad relativa, sin embargo, no deben interpretarse en el sentido de que tal tarea de ordenación deba apreciarse como concluida, ni tampoco como que resulta por completo ajena a la labor que debe llevar a cabo el juzgador al graduar el castigo. En su cometido de determinación judicial de cada pena a imponer, el juzgador, al ejercitar sus atribuciones interpretativas, debe efectuar la valoración de la gravedad *relativa* de la concreta configuración fáctica formalmente subsumible en un tipo penal —de entre las infinitas posibilidades de realización (de intensidad divergente) que admita el tipo— y, de resultar materialmente relevante por concurrir suficiente grado de injusto culpable, debe asignar a dicha concreta configuración una pena *exacta* dentro de las innumerables opciones de punición que permita la horquilla de penas resultante del marco aplicable. El juzgador, por tanto, *debe complementar* la ordenación *en abstracto* efectuada por el legislador y efectuar una ordenación de los delitos y de las penas *en concreto*.[96] En ello radica la capacidad de rendimiento de la categoría de proporcionalidad *ordinal* una vez que se ha elaborado ya en abstracto una escala general de penas y marcos penales diferenciados para cada delito.

b. Contenido

La consolidación de sistemas de determinación legal *relativa* de la pena —en razón de la presencia del principio de legalidad de los delitos y de las penas (en sistemas de tradición continental) o de la creciente adopción de modelos de pena determinada (en sistemas de tradición anglosajona)— no convierte, por tanto, en irrelevantes las exigencias de proporcionalidad *ordinal* en la determinación *judicial* de la pena. Sin embargo, sí que cabría efectuar un redimensionamiento

---

Razionalità e "Giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano, 1996, pp. 200 s. (nota 4); VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, pp. 45 ss., 61 ss.; JAREBORG, en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, 1998, p. 138; RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2016, pp. 36 s., 84; BASSO, en PÉREZ CEPEDA (dir.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político-criminal*, 2017, p. 244; y VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 56 ss.

[95] Al respecto, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 305.

[96] Sobre ello, que supone asumir que labor de determinación de la pena que lleva a cabo el juzgador de lo penal presenta incidencia político-criminal directa, aunque marginal, respecto a la ordenación de los delitos y de las penas, y que constituye una concretización de la labor legislativa, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 282 ss., con extensas referencias en p. 283, nota 34, pp. 344 ss.

del contenido de dicha categoría respecto al inicialmente atribuido por VON HIRSCH, si se pretende adaptarla al ámbito continental europeo y al nuevo contexto anglonorteamericano caracterizado por la implementación de sistemas de determinación relativa de la pena en abstracto (*sentencing guidelines*). Ello a fin de dotar a la categoría de mayor capacidad de rendimiento, de contribuir a profundizar la estructuración del proceso de determinación judicial de la pena y de aumentar los niveles de seguridad jurídica en la materia.

A mi parecer, tal redimensionamiento requiere que el cumplimiento de exigencias de proporcionalidad ordinal se lleve a cabo mediante la realización de dos operaciones lógicamente diferenciables en las que se deconstruiría el proceso cuantificador de la pena que lleva a cabo el juzgador. La primera operación se vincula con *ingresar* en la escala penal —me referiré a ella como *primer punto de anclaje* de la pena en la escala abstracta—; la segunda operación, por su parte, se asocia con *recorrer* (en sentido ascendente) la extensión de dicha escala —me referiré a ella como *segundo punto de anclaje* de la pena en la escala abstracta—.

(i) Primer punto de anclaje de la pena en la escala abstracta

La primera operación valorativa supone asignar al juzgador una atribución expresa para determinar si una concreta configuración fáctica ya formalmente típica supera el umbral *mínimo* de contenido de injusto. Dicho umbral mínimo se requiere a los efectos de afirmar la relevancia *material* de la conducta y de proceder, por lo menos, a la aplicación de la pena legal *mínima* de obligada imposición. Según tal entendimiento, el juzgador, como primera operación de proporcionalidad *ordinal*, debe decidir si, en el caso concreto, corresponde ingresar al marco legislativamente previsto o si, por el contrario, corresponde calificar el caso como materialmente atípico e impune por no concurrir una configuración fáctica formalmente subsumible en un tipo penal que reúna las exigencias contenidas en la penalidad *mínima* obrante en la norma de sanción. La valoración sobre la *suficiencia* de contenido de injusto a los efectos de decidir respecto al *ingreso* al marco legislativo debe efectuarse en función de la penalidad *mínima* legalmente preestablecida.

En esta primera operación valorativa, como puede observarse, no se trata de fijar judicialmente una penalidad mínima que se corresponda con un supuesto de hecho formalmente típico —siempre que el legislador estipule ya penas mínimas *exactas* para cada tipo penal abstractamente formulado—, sino de determinar si una específica configuración fáctica *formalmente* relevante por encuadrar en el tenor literal del tipo resulta también *materialmente* relevante por presentar un contenido de injusto que se corresponda con el que resulte propio de la penalidad *mínima* legislativamente prescripta. En otras palabras: la operación valorativa recién delineada constituye un *primer juicio de subsunción punitiva* que debe efectuarse en sede de determinación judicial de la pena a los efectos de establecer si una determinada realización fáctica del tipo encaja como supuesto de hecho que torne aplicable, por lo menos, la consecuencia jurídica punitiva de menor intensidad prevista en la norma de sanción.

En la realización de tal operación el juzgador de lo penal contribuirá a delimitar *marginalmente* —en función de las exigencias derivadas de la penalidad mínima contenida en la norma de sanción— el ámbito de lo materialmente delictivo, y deberá procurar la maximización de la vigencia del principio de igualdad, de forma tal que hechos de análogo contenido de injusto no reciban respuesta dispar respecto a si satisfacen el umbral previsto como penalmente relevante de conformidad con la severidad de la norma mínima de sanción.

La postulación de esta operación valorativa conduce a poner de manifiesto que en la determinación judicial del castigo el primer punto de referencia del que dispone el juzgador se encuentra en la penalidad *mínima* legalmente prevista y de obligada imposición. Con relación a dicho punto de referencia, debe establecerse si la concreta realización fáctica (de entre las infinitas que puedan resultar formalmente subsumibles en el tipo penal) contiene un grado de injusto suficiente que justifique *materialmente* su punición. A tal fin, se deberán tener en cuenta otras normas penales que castiguen hechos diferentes con la misma penalidad mínima de obligada imposición, a la vez que se deberán tomar en consideración las diversas configuraciones fácticas posibles —de gravedad no necesariamente coincidente— del tipo de aplicación al caso concreto.[97] Ambos juicios comparativos resultan necesarios a fin de que, en caso de ingresarse a la escala penal, se apliquen castigos de similar severidad a hechos que se consideren de gravedad análoga. *En la medida de lo que interpretativamente resulte posible, las exigencias de proporcionalidad ordinal deben impedir que hechos de gravedad similar reciban un tratamiento penológico diferente en cuanto al ingreso en la escala penal abstracta.*

El reconocimiento de una primera operación valorativa —primer punto de anclaje de la pena en la escala abstracta— implica suscribir una concepción según la cual la norma secundaria de sanción incide en la configuración misma (si bien de forma marginal y complementaria) de la norma primaria de conducta.[98] Lo expresado, en esencia, constituye un filtro normativo adicional

---

[97] Al respecto, sobre la necesidad de comparar la gravedad (relativa) de hechos subsumibles en el mismo o en distintos tipos penales, véanse, entre otros, GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, pp. 92 s., 213 s.; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 581 ss., 595 ss.; FREUND, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y Derecho penal*, 2004, p. 100; DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de la pena en los tribunales de justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias del procesado en la jurisdicción penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas*, 2008, p. 297; ROBERTS, «Sentencing guidelines in England and Wales: recent developments and emerging issues», *Law & Contemp. Probs.*, (76), 2013, p. 19; FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, pp. 29 ss.; VON HIRSCH, *Deserved criminal sentences. An overview*, 2017, pp. 23, 56, 59 s.; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, p. 350.

[98] La admisión de la incidencia de la norma de sanción en la delimitación de la norma de conducta, en la línea del texto, se constata de forma directa o indirecta, entre otros, en KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, 2ª ed., 1976, p. 205 —se alude a que delito y pena se condicionan mutuamente, admitiéndose la posibilidad de no castigar conductas insignificantes—; FREUND, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y Derecho penal*, 2004, p. 100 ("una cuestión propia del Derecho de la determinación de la pena [...] es la adecuación de la prisión perpetua al 'nivel' de la configuración del tipo. Al respecto debe preguntarse (*desde una orientación a las consecuencias jurídicas*) para qué clase de hechos puede legitimarse la imposición de dicha pena"); DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de la pena en los tribunales de justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias del procesado en la jurisdicción penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas*, 2008, pp. 295, 302 (el autor reconoce la necesidad de interpretar la norma de conducta a partir de la penalidad prevista, pero indica que normalmente se rechaza la posibilidad de declarar que una pena inserta dentro del marco legislativo sea desproporcionada); FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, 2/37 (se afirma que la infracción a una norma de conducta típica debe ser lo "suficientemente importante" como para justificar la reacción penal); JÄGER, «Wechselbeziehungen zwischen Tatbestand und Strafzumessung unter besonderer Berücksichtigung der Regelbeispielsmethode. Zugleich eine Betrachtung zur Bedeutung der strafzumessungsorientierten Auslegung», en SAFFERLING/KETT-STRAUB/JÄGER/KUDLICH (eds.), *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, 2017, pp. 285 ss. (quien postula la existencia de implicaciones mutuas entre tipo y pena, y propugna proceder según una interpretación del tipo orientada en función de exigencias procedentes de la determinación de la pena); BASSO, en PÉREZ CEPEDA (dir.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político-criminal*, 2017, pp. 239 ss., especialmente pp. 247 s.; BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019,

a los que puedan aplicarse tras agotar el tratamiento de la tipicidad a la luz del instrumental dogmático de la teoría jurídica del delito, y se erige en un punto de contacto entre la teoría de la imputación objetiva de la conducta y la dogmática de la determinación judicial de la pena.

En contextos en los que la política criminal discurra por cauces racionales normalmente sucederá que la penalidad mínima derivada de la norma secundaria de sanción habrá sido tenida en cuenta ya por el propio legislador al configurar y delimitar en *sede legislativa* el alcance de la norma *primaria* de conducta (dando adecuado cumplimiento al mandato de determinación emergente del principio de legalidad de los delitos y de las penas y al principio de proporcionalidad estricta entre delito y pena). En los casos en que ello haya ocurrido, al enjuiciarse hechos *formalmente* subsumibles en un tipo no será necesario examinar con especial detenimiento en *sede jurisdiccional* la primera operación conducente a decidir si se *ingresa* en el marco penal abstracto. No obstante, la norma de sanción cumple también en dichos supuestos su función de filtro normativo respecto al contenido de injusto que *materialmente* resulta legítimo —y obligado— castigar, en función del umbral fijado por la penalidad mínima *legislativamente* prevista.

Podría ocurrir, sin embargo, que el legislador de lo penal no adopte las suficientes cautelas y que no se respete el mandato de *lex certa* ni la relación de proporcionalidad *estricta* que debe existir entre la penalidad legal mínima y las múltiples configuraciones fácticas posibles de menor intensidad del tipo, como sucede especialmente en supuestos de tipos penales amplios de contornos imprecisos y de penalidades mínimas de significativa entidad que se constatan en ciertos sectores delictivos, especialmente en aquellos pertenecientes al ámbito del denominado Derecho penal del enemigo.[99] Es aquí donde en *sede jurisdiccional* se deberá efectuar un especial esfuerzo interpretativo a fin de delimitar el alcance del tipo y de determinar si el hecho sometido a su enjuiciamiento —*formalmente* típico— presenta un contenido de injusto que supere el exigido por la penalidad *mínima* contenida en la norma de sanción.

---

pp. 282 ss., 349 ss.; PUENTE RODRÍGUEZ/LLOBET ANGLÍ, «Norma de sanción y norma de conducta: ¿por qué castigamos más cuando queremos castigar menos? Una reflexión al hilo del nuevo art. 579 bis 4 CP», *La ley penal*, (141), 2019, *passim*, especialmente pp. 5 ss.; y PANTALEÓN DÍAZ, «Treinta años de reformas del homicidio y las lesiones imprudentes en el Derecho penal español (1989-2019). Historia de un despropósito», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (55), 2019, pp. 145 ss., especialmente pp. 153 ss. La propuesta de delimitar, en última instancia, la norma primaria de conducta en función de los requerimientos de punición contenidos en la norma secundaria de sanción puede considerarse que constituye incluso una exigencia de la equivalencia estricta entre delito y pena que impone el principio de proporcionalidad penal (al respecto, véase muy especialmente la STC 136/1999, ponente Viver i Pi-Sunyer, de 20 de julio, en la que se dispuso —FJ trigésimo— la inconstitucionalidad de un acto de aplicación judicial del Derecho por incumplimiento de la exigencia de proporcionalidad estricta entre la gravedad del hecho y la penalidad legislativamente prevista). En la jurisprudencia del TS, véanse especialmente, por ejemplo, la STS 459/1996, ponente Bacigalupo Zapater, de 25 de mayo (FJ único, apartado a); STS 883/2016, ponente Jorge Barreiro, de 23 de noviembre (FJ tercero, con ulteriores referencias) y STS 459/2019, ponente Marchena Gómez, de 14 de octubre (FJ B, apartado 3.2.).

[99] Las tendencias político-criminales más recientes no permiten avizorar que vaya a producirse una elaboración parlamentaria más racional de la legislación penal. Frente a ello, la forma de proceder que se propone ofrece, desde el campo de la determinación de la pena, una herramienta hermenéutica para restringir en sede judicial los alcances de las normas penales, a fin de que el ámbito de lo típico y de lo punible se circunscriba a supuestos en donde concurra un menoscabo típico de *suficiente* lesividad social como para ser considerado punible. Sobre ello, con referencia a los caracteres definitorios del denominado Derecho penal del enemigo, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 46 s.; 349 ss., 388 ss.

En cualquier caso, como puede observarse, se trata de una actividad valorativa vinculada con cuestiones inherentes a la delimitación del campo de lo delictivo y de lo punible —ya sea que la lleve a cabo el *legislador* (en el ejercicio de su competencia de dictar normas penales suficientemente determinadas), o el *juzgador* (de forma marginal, complementaria y subordinada a lo que interpretativamente permita el tenor literal de la norma)—, y que debe reputarse como sujeta a pleno control judicial —por pertenecer al campo de la legalidad *ordinaria*— y constitucional —ya que un agravio fundamentado en la afectación del principio de proporcionalidad habilita *también* la jurisdicción constitucional—.[100] Además, tratándose de una cuestión vinculada con la delimitación del campo de lo delictivo y de lo punible —que constituye un terreno de competencia prevalentemente legislativa—, debe entenderse que no todo aquello que deje de realizar el legislador en ejercicio de sus competencias puede legítimamente ser objeto de ulterior desarrollo y complementación por parte del juzgador en sede de aplicación del Derecho, puesto que las facultades jurisdiccionales de configuración normativa solo pueden ser ejercitadas de forma marginal, complementaria y subordinada a lo legislativamente decidido.

(ii) Segundo punto de anclaje de la pena en la escala abstracta

La segunda operación valorativa de la determinación judicial de la pena, por su parte, consiste en que el juzgador establezca el punto de anclaje exacto que corresponda asignar dentro de la escala penal abstracta a la gravedad de la concreta configuración fáctica del hecho perpetrado. Para efectuar dicha operación se debe estar ante un supuesto de hecho valorado como portador del grado de injusto *suficiente* que se corresponde con lo exigido por la penalidad *mínima* contenida en la norma de sanción —esto es, debe ya haberse *ingresado* al marco penal—.

El concreto anclaje de un determinado caso en la escala penal abstracta depende del juicio comparativo sobre la gravedad que presente la realización fáctica objeto de enjuiciamiento respecto a los casos de referencia que se correspondan valorativamente con el contenido de injusto requerido por la penalidad legal mínima de obligada imposición. Así, frente a supuestos de gravedad equivalente a dichos casos de referencia, corresponderá fijar la pena en el punto mínimo del marco penal, mientras que frente a supuestos de mayor gravedad corresponderá ascender dentro del mismo y fijar una pena de mayor severidad.

[100] Sobre la relevancia del principio de proporcionalidad en sede de legalidad ordinaria —para el legislador y para el juzgador— y en sede constitucional, véanse, entre otros, DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de la pena en los tribunales de justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias del procesado en la jurisdicción penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas*, 2008, pp. 291 s., 302, 304; AGUADO CORREA, «El principio de proporcionalidad en derecho penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, 2014, pp. 54 ss. —especialmente pp. 55 ss., 64 s. (para quien el principio de proporcionalidad estricta resulta relevante en fase legal y judicial, la pena debe corresponderse con el contenido de injusto del hecho y el juzgador debe dejar de aplicar penas desproporcionadas)—; CUERDA ARNAU, «Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto de desaliento. Su proyección sobre los nuevos tipos de apología», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, 2014, pp. 154 ss. —"El principio de proporcionalidad [...] se revela, sin embargo, como un excelente canon para proceder a una interpretación constitucionalmente conforme de los tipos penales y [...] es un magnífico instrumento de justicia constitucional *en manos del juez ordinario*" (con cursiva añadida)—; y DE LA MATA BARRANCO, «La actuación proporcionada: una exigencia de la finalidad preventiva del derecho penal», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, 2014, pp. 211, 217.

En la segunda operación valorativa, como puede observarse, se está ante un juicio de mayor complejidad que el que se debe realizar en el marco de la primera operación valorativa. Mientras en la decisión respecto al primer punto de anclaje se tiene *certeza legal* sobre un aspecto (penalidad *mínima* fijada con exactitud por el legislador) y *relativa incertidumbre* respecto a otro (el grado de suficiencia de injusto o de intensidad típica concurrente no *necesariamente* se determina de forma acabada por el legislador), en la decisión respecto al segundo punto de anclaje se tiene *relativa incertidumbre* tanto respecto a si se está ante la concurrencia de una medida de injusto que excede del mínimo que se corresponde con la penalidad mínima prevista, como también respecto a qué pena exacta debe asociársele dentro de las previstas en la escala aplicable.

La concreta intensidad típica concurrente y la severidad específica de la penalidad aplicable deben ser, en última instancia, fijadas judicialmente. En tal sentido, si en la primera operación valorativa se afirmaba que se estaba ante una suerte de *primer juicio de subsunción punitiva*, en la segunda se está ante un *segundo juicio de subsunción punitiva*, que debe efectuarse a los efectos de establecer si la intensidad de una determinada realización fáctica del tipo supera el umbral de injusto que deba asociarse a la penalidad mínima de la norma de sanción y de precisar, en su caso, en qué medida se produce tal desbordamiento, a los efectos de proceder a la fijación de la concreta magnitud punitiva.

En la realización de la segunda operación valorativa el juzgador de lo penal también contribuirá —al igual que sucedía con la primera— a delimitar *marginalmente* y, esta vez, de forma *definitiva* —en función de las posibilidades que admita la norma de sanción— el ámbito de lo materialmente delictivo y de lo punible, y deberá procurar maximizar la vigencia del principio de igualdad, de forma tal que hechos de análogo contenido de injusto no reciban respuesta dispar respecto a la pena exacta que se les aplique *dentro* de lo que permita la escala legislativamente prevista.

A fin de no desvirtuar el principio de legalidad de los delitos y de las penas, de salvaguardar en la mayor medida posible la vigencia del principio de igualdad y de asegurar un pleno control de las decisiones judiciales de fijación de la pena que se adopten, debería procurarse, por un lado, que las escalas penales presenten una extensión que sea lo más estrecha posible y, por otro, que se produzca una reducción[101] y espaciamiento de los puntos de punición que, dentro de las escalas

[101] Las posibilidades que admita la norma de sanción dependerán del grado de cumplimiento del mandato de determinación de los delitos y de las penas por parte del legislador. Se debe aspirar a identificar (preferentemente, en sede legislativa y, subsidiaria y limitadamente, a través de la generación gradual de jurisprudencia en la materia) qué concretas magnitudes de punición (de entre todas las que formalmente se integren dentro de la escala de penas) deberían poder emplearse en la imposición judicial del castigo —en supuestos de unidad delictiva y en supuestos de pluralidad delictiva—. Sobre la necesidad de una mejor delimitación típica del campo de lo delictivo y de lo punible específicamente en materia de delitos de terrorismo, véase especialmente CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, 2010, pp. 118, 212, 225, donde el autor, ante la equiparación global de penas efectuada en ciertos sectores de la regulación de los delitos de terrorismo en el CP español, afirma: "*De lege lata*, la única opción hermenéutica que resta es la de distinguir en el plano de la medición de la pena, de modo correspondiente a las diferenciaciones en las infracciones comunes, lo que es de distinta gravedad. Es claro que ésta no es una *solución*: el legislador deberá introducir las diferenciaciones correspondientes ya en los marcos penales legales." (con cursiva en el original). Lo que aquí se postula en el texto desde un plano prescriptivo parece ya suceder, en ocasiones, en la práctica jurisprudencial: algunos estudios han constatado que en la determinación judicial de la pena se identifica una utilización reiterada de un elenco más bien reducido de

existentes, puedan ser legítimamente empleados por los juzgadores de lo penal. En tanto se consiga cierto acuerdo (legislativo o, en su defecto y de forma limitada y gradual por vía jurisprudencial)[102] sobre cuáles deben ser dichos puntos de punición, se reducirá el elenco de magnitudes punitivas utilizables y, con ello, se facilitará la labor cuantificadora y la ulterior labor de control respecto a si se ha incurrido en diferenciaciones punitivas ilegítimas al *recorrerse* la escala penal, ya que resultará más sencillo y perceptible identificar la concurrencia de una desproporción *manifiesta*, a diferencia de lo que sucede cuando se cuenta con amplias posibilidades de punición dentro de una escala continua de penas en donde resulta difícilmente discernible la identificación de una pena *evidentemente* desproporcionada.[103]

Ambas cuestiones, sin embargo, exceden el cometido esencial del juzgador en la determinación de la pena y deben ser emprendidas desde el plano legislativo, teniendo en cuenta las especificidades fenomenológicas de cada sector delictivo y la penalidad que podría resultar aplicable en supuestos de pluralidad delictiva.[104] En cualquier caso, los juzgadores deberán utilizar únicamente aquellas magnitudes de punición que sean efectivamente susceptibles de ulterior revisión judicial y/o constitucional. El valor *cardinal* que se ha adjudicado previamente[105] a las prácticas deferentes que restringen la revisabilidad de las decisiones de determinación judicial de la pena de los tribunales de instancia debe ser tomado especialmente en consideración para que, hasta tanto se cuente con mayor precisión legislativa en la materia, se proceda con cautela en sede de aplicación del Derecho, procurándose, en la mayor medida posible, que se

---

penalidades, pese a las amplísimas magnitudes utilizables que componen las escalas penales (sobre ello, véase supra, nota 59).

[102] Al respecto, véanse KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 600, 605; y FRASE, *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, 2013, pp. 28, 45 ss., 73.

[103] El espaciamiento de penas contribuiría seguramente a tornar en *manifiestas* ciertas situaciones de desproporcionalidad en la imposición de la pena y podría ser decisivo de cara a la declaración de una inconstitucionalidad por desproporción en la jurisdicción constitucional —que solo se dispone frente a la estimación de una desproporción evidente, patente o manifiesta entre gravedad del delito y gravedad de la pena, de conformidad con lo establecido por jurisprudencia constante del TC español y con la concepción mayoritaria en la doctrina—. Sin una mayor segmentación de la escala de penas, parece que la declaración de una inconstitucionalidad por desproporción seguirá siendo especialmente excepcional. El espaciamiento de penas de posible utilización contribuiría también a incrementar las posibilidades de control de decisiones de determinación judicial de la pena en sede de legalidad ordinaria, en donde el propio TS parece asumir también una concepción amplia del principio de proporcionalidad y en donde difícilmente se reconozca una desproporción si la pena se inserta dentro de la escala aplicable. Al respecto, véanse las reflexiones críticas sobre la posición mayoritaria respecto al principio de proporcionalidad contenidas en ROBLES PLANAS, «La tiranía de la proporcionalidad», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, 2019, pp. 115 ss.

[104] Se trata de desarrollar una parte especial de la determinación judicial de la pena, que contemple la fenomenología de cada sector delictivo y la necesidad de identificar la penalidad aplicable en supuestos de plataformas fácticas y jurídicas más complejas (al respecto, véase BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 379 ss.). Las exigencias de proporcionalidad ordinal —aunque inicialmente hayan sido pensadas por VON HIRSCH para supuestos de unidad delictiva— deben tenerse como criterio general de determinación de la pena: operan en el marco de la determinación judicial de la pena en supuestos de unidad delictiva (tanto respecto a qué pena comparativamente debe aplicarse a tipos penales diferenciados, como respecto a qué pena debe aplicarse comparativamente a realizaciones fácticas de un mismo tipo penal, pero en las que concurra diverso contenido de injusto culpable) y también respecto a la que se lleva a cabo en supuestos de pluralidad delictiva, en donde también es menester efectuar diferenciaciones de grado. Así como debe efectuarse una ordenación de hechos delictivos (simples) y de sus penalidades individuales de conformidad con su gravedad *relativa*, lo mismo debe hacerse respecto a hechos delictivos (complejos) y a sus penalidades globales y respecto a ambos tipos de situaciones entre sí.

[105] Véase apartado 3.1.b.(ii).

impongan castigos que, de no asegurarse la posibilidad de su ulterior revisión efectiva, se inserten en los segmentos inferiores de la escala aplicable.[106]

c. Implicaciones

De la forma dual en que se propone descomponer el proceso de determinación judicial de la pena se derivan, básicamente, dos implicaciones. La primera radica en que no necesariamente toda configuración fáctica con encaje formal en un tipo —y que cumpla con los requisitos de la teoría jurídica del delito respecto a la concurrencia de un injusto culpable— constituirá necesariamente un hecho *materialmente* relevante y, por tanto, punible: únicamente constituirán hechos materialmente relevantes aquellas configuraciones fácticas que superen el umbral de gravedad suficiente exigido por la penalidad *mínima* contemplada en la norma de sanción. Dicha implicación se infiere de la primera operación valorativa anteriormente desarrollada.

La segunda implicación consiste en que no toda magnitud punitiva dentro del marco penal abstracto aplicable al delito —e inserta en la escala continua de gravedad— debiera ser susceptible de utilización por parte del juzgador en la determinación de la pena, sino que únicamente lo serán los puntos de punición que se identifiquen previamente y que se encuentren debidamente espaciados. Dicha implicación, por su parte, se infiere de la segunda operación valorativa antes esbozada.

3.3. La interrelación existente entre las exigencias cardinales y ordinales en la fijación judicial de la pena proporcional: la incidencia refleja de lo cardinal en los puntos ordinales de anclaje de la pena concreta en la escala abstracta

Con lo dicho hasta aquí ha quedado ya explicitado el entendimiento matizado que se propone asignar a las categorías de proporcionalidad cardinal y ordinal desarrolladas por VON HIRSCH. Resta efectuar una referencia final respecto a la forma en que se deben interrelacionar ambos tipos de categorías entre sí.

La diferenciación sobre la que se ha construido la propuesta teórica aquí formulada ha sido un logro fundamental de VON HIRSCH. Sin embargo, a mi modo de ver, el enfoque de dicho autor —y el de sus seguidores— ha desatendido el concepto de proporcionalidad *cardinal* —no pronunciándose respecto a qué factores deben incidir (ni en qué sentido) en la *interpretación* del nivel de severidad del sistema *legal* de sanciones— y ha adjudicado excesiva prevalencia a la

[106] Lo que aquí se propone desde un plano prescriptivo (y con fundamento en exigencias de proporcionalidad cardinal) parece que también se constata en la práctica jurisprudencial a nivel de Derecho comparado, en donde existen amplísimas referencias respecto a que los juzgadores de lo penal suelen optar por la imposición de penas más bien moderadas e insertas en los segmentos inferiores de las escalas de castigo. Al respecto, véanse, entre otros, DREHER, *MDR*, (4), 1961, p. 344; EL MISMO, *JZ*, (2), 1967, p. 43; DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, 1979, pp. 72 s.; GALLEGO DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas legales de aplicación de penas del Código Penal*, 1985, p. 391; MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os criterios da culpa e da prevenção)*, 1995, pp. 143 s.; MANNOZZI, *Razionalità e "Giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, 1996, pp. 390 ss.; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 595 ss.; HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pp. 30, 67, 372; CASTELLÓ NICÁS, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, 2007, p. 163; BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, 2011, p. 588; y BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 76 ss. —con abundantes referencias en nota 62—.

noción de proporcionalidad *ordinal*, si bien preocupándose únicamente de la problemática respecto a cómo *recorrer* el marco de penas aplicables —a la luz prevalentemente de la gravedad material del hecho individualmente perpetrado— y descuidando la problemática (previa) respecto a si se debe *ingresar* al mismo —que no se aborda de forma sistemática—.

En los enfoques de la proporcionalidad estricta el papel concedido a la categoría de proporcionalidad *cardinal* se circunscribe básicamente a condicionar el rango de posibles castigos judicialmente imponibles: en función de los puntos de anclaje del sistema de penas que formal y convencionalmente determine el legislador, se limita la posibilidad de inserción *ordinal* de los delitos y de las penas dentro de la escala penal (en función de su gravedad relativa). En ellos, la punición indulgente/severa en concreto de cada delito dependerá parcialmente del nivel de indulgencia/severidad en abstracto de los puntos de anclaje mínimo/máximo de la escala general de penas. En el enfoque que aquí se ha desarrollado, en cambio, se produce un redimensionamiento de la categoría de proporcionalidad *cardinal*, puesto que se aboga por asignar un énfasis fuerte a consideraciones *sistemáticas* (que amplían su contenido), pero sin que ello produzca merma alguna respecto a la satisfacción de exigencias de proporcionalidad *ordinal*, que continúan resultando fundamentales y con las que se persigue la maximización de una distribución lo más igualitaria posible del castigo a partir de la graduación judicial de la pena en atención a la valoración de consideraciones estrictas vinculadas con la gravedad material del delito perpetrado.

Según el nuevo enfoque esbozado, las dos operaciones de proporcionalidad *ordinal* —conducentes, en su caso, a *ingresar* primero, y a *recorrer* luego el marco penal abstracto— deben efectuarse teniendo en cuenta el carácter *marginal* y *complementario* del juzgador en la delimitación del campo de lo delictivo y de lo punible —la labor jurisdiccional se debe subordinar siempre a la delimitación previa efectuada por el legislador en lo referido al núcleo esencial del tipo y a la fijación de la escala de punición aplicable— y el estándar de interpretación restrictiva emergente de consideraciones *sistemáticas* de proporcionalidad *cardinal* —estándar que irradia todo el proceso cuantificador—. De ello deben extraerse dos implicaciones.

Por un lado, respecto a la *primera* operación valorativa (de tipo *ordinal*) sobre si se *ingresa* al marco penal, el margen de maniobra judicial debe ejercitarse interpretándose restrictivamente las posibilidades de *no ingresar* al mismo. Tales posibilidades deberían limitarse a los supuestos en los que la (excesiva) amplitud y/o imprecisión en la delimitación *legislativa* de la norma (primaria) de conducta exija reducir su alcance por vía interpretativa, a los efectos de salvaguardar exigencias de *proporcionalidad estricta* entre la gravedad de la realización fáctica concurrente y la penalidad (mínima) de obligada imposición.[107] En otros términos: *aunque lo*

[107] La posibilidad misma, aunque excepcional, de no ingresar en el marco penal abstracto obligará a que incluso la imposición judicial de la pena mínima legalmente prevista se deba acompañar de cierta fundamentación y que la misma resulte susceptible de control, no debiéndose, por tanto, negar automáticamente la posibilidad de revisión de la pena impuesta en el mínimo legalmente previsto (sobre ello, véanse, entre otros, DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de la pena en los tribunales de justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias del procesado en la jurisdicción penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas*, 2008, p. 315 —donde se puntualiza, sin embargo, que aunque se constate una tendencia hacia la ampliación de la revisión de la pena fijada, ello no sucede cuando se impone la magnitud mínima legalmente prevista—; EL MISMO, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, 2014, p. 213 —"si aceptamos la idoneidad en abstracto de cada pena que prevé el legislador [...] es difícil que los tribunales puedan imponer penas inidóneas si estas se enmarcan en los límites fijados legalmente."—; y BORJA JIMÉNEZ, «Peligrosidad criminal

habitual será que las diversas configuraciones fácticas formalmente típicas deban ser castigadas con la penalidad mínima de obligada imposición en función de lo legalmente prescripto, el juzgador no debe proceder necesaria ni automáticamente de dicha manera, debiendo *no ingresar* en el marco penal abstracto y proceder mediante una interpretación restrictiva de la norma primaria de conducta cuando su tenor literal así lo permita y ello resulte imperativo al no concurrir intensidad suficiente de injusto formalmente típico a la luz de la magnitud mínima de sanción legalmente prevista.[108]

Por otro lado, las exigencias *cardinales* del castigo inciden también en la *segunda* operación valorativa de proporcionalidad *ordinal* referida a si se debe mantener el castigo dentro de la penalidad mínima de obligada imposición o a si se debe *recorrer en sentido ascendente* la escala de penas. El margen de maniobra judicial también debe ejercitarse interpretándose restrictivamente la posibilidad de apartarse de la penalidad mínima legislativamente prevista cuando se pretenda ascender en la escala de penas. Tal posibilidad debería limitarse a los casos en que así lo justifique la concurrencia de un injusto de gravedad *manifiestamente* superior al que se asocie a la penalidad mínima, y siempre que se puedan identificar magnitudes de punición susceptibles de efectiva revisión ulterior en sede judicial y/o constitucional. En otros términos: *de la previsión formal de amplias escalas de punición no debe predicarse automáticamente la correlativa existencia de amplias atribuciones judiciales para recorrer libre y legítimamente las mismas en toda su extensión cuando se efectúe la graduación judicial de la pena en supuestos de unidad delictiva.*

Según la concepción propuesta, en definitiva, de la naturaleza jurídica dual que se asigna al acto cuantificador y de la valoración sincrética de exigencias de proporcionalidad *cardinal* y *ordinal* se deriva que *el punto de partida en la determinación judicial de la pena se debe situar siempre en la penalidad mínima de obligada imposición que legislativamente se estipule*. En tanto se pretenda dejar de aplicar una pena por no alcanzarse el grado de injusto culpable exigido por la penalidad mínima de obligada imposición —lo que supone un apartamiento *en favor* del procesado que conducirá a su absolución—[109] o imponer una pena más severa que la punición mínima legislativamente prevista —lo que supone un apartamiento *en perjuicio* del procesado que verá

e individualización judicial de la pena», *Revista Nuevo Foro Penal*, (87), 2016, p. 127 —"[La] obligación de motivación de la sentencia es tomada en consideración cuando el juzgador se aparta del mínimo posible, pues sólo a partir de ahí comienza el peligro del exceso en la punición—).

[108] En términos abstractos, y atendiendo únicamente al principio de proporcionalidad, a menor penalidad mínima de obligada imposición, concurrirán mayores posibilidades de satisfacer las exigencias de estricta correspondencia entre delito y pena que debe respetarse al configurar judicialmente la magnitud punitiva aplicable a la concreta configuración fáctica del tipo.

[109] Téngase presente que la alternativa de imponer judicialmente una pena menor a la legalmente prevista (que constituiría también un apartamiento de la penalidad mínima de obligada imposición, pero en este caso *en perjuicio* del procesado) debe descartarse por razones de estricta legalidad. Tal alternativa no se contempla entre las tres opciones que menciona la anteriormente citada STC 136/1999, ponente Viver i Pi-Sunyer, de 20 de julio, la cual, en su FJ trigésimo, dispone: "Este coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sin embargo, sólo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas [opción 1]. De otro modo, y tal como pone también de manifiesto la legislación comparada, el aplicador del derecho se situaría ante la disyuntiva ya sea de incurrir en evidente desproporción [opción 2], ya sea de dejar impunes conductas particularmente reprochables [opción 3].".

agravado su castigo— se requerirá siempre una fundamentación especialmente intensificada que justifique la deviación en que se incurre respecto al punto de partida *legislativo* que debe adoptarse como referente. A su vez, del planteamiento debe inferirse también que la imposición misma de la penalidad mínima legalmente prevista, contrariamente a un proceder no infrecuente en la jurisprudencia,[110] no queda exenta de necesidad de motivación: atento a que se puede estar ante supuestos de hecho que exijan excepcionalmente no ingresar al marco penal en función del grado de injusto culpable concurrente, la imposición misma de la penalidad mínima legalmente prevista requiere también de una fundamentación que justifique suficientemente que no se está ante tales supuestos.

La atribución de efectuar en sede de determinación judicial de la pena distinciones (ulteriores a las legislativas) que conduzcan al apartamiento del mínimo de pena legislativamente prevista para el delito supone posibilitar la realización de finas diferenciaciones sobre la gravedad del hecho y de la pena a aplicar que complementan el ámbito de lo legislativamente previsto y que se derivan del ejercicio de legítimas atribuciones judiciales de carácter valorativo. Se trata de diferenciaciones que resulta menester efectuar en sede de aplicación del Derecho en tanto que de las previsiones del legislador no pueda predicarse la existencia de un efecto oclusivo que cierre el paso a cualquier tipo de ulterior valoración judicial. Si dichas atribuciones se ejercitan por parte de los juzgadores con prudencia y de forma limitada, subsidiaria y a los efectos de interpretar, integrar y concretar normas jurídico-penales creadas *legislativamente*, se estará ante una actividad necesaria y legítima de delimitación judicial *marginal* del campo de lo delictivo y de lo punible. Solo de dicha manera se podrá seguir afirmando que la tarea de los tribunales esencialmente de aplicación del Derecho y marginalmente de configuración del mismo no supone una incursión indebida en el campo de lo genuinamente legislativo.

De conformidad con ello, la determinación judicial de la pena en supuestos de unidad delictiva consistiría, ante todo, no tanto en recorrer discrecionalmente, de forma jurídicamente reglada y con amplia permisión las escalas continuas de punición —como tradicionalmente ha sido concebida—, sino en concretar (de forma marginal) la delimitación legislativa del campo de lo delictivo y de lo punible, ya sea para ingresar o, excepcionalmente, no ingresar a las escalas de punición, ya sea para recorrer (también excepcionalmente) las mismas en sentido ascendente por encima de la penalidad mínima de obligada imposición.

Según una teoría de la proporcionalidad estricta interpretada en función de exigencias sistemáticas como la que aquí se ha desarrollado, en supuestos de unidad delictiva únicamente se justificaría una determinación judicial de la pena orientada hacia la minimización de desigualdades originadas en factores de carácter sistemático (por exigencias de proporcionalidad *cardinal*) y hacia la maximización del principio de igualdad en función de la valoración estricta de la gravedad relativa del hecho (por exigencias de proporcionalidad *ordinal*). La pena del caso concreto debería resultar de una valoración sincrética de consideraciones sistemáticas y particulares; las primeras fundamentarían un deber general (*cardinal*) de proceder con cautela y

[110] Respecto a la tendencia jurisprudencial a eximir de fundamentación a la medida de la pena impuesta si esta se inserta en la magnitud mínima legalmente prevista (o en sus proximidades), véanse referencias, por ejemplo, en MANNOZZI, *Razionalità e "Giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, 1996, pp. 390 s.; DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, 1979, pp. 59 ss.; y ALBRECHT, «Sentencing in Germany: explaining long-term stability in the structure of criminal sanctions and sentencing», *Law & Contemp. Probs.*, (76), 2013, p. 235; entre otros.

moderación mediante una interpretación restrictiva de las posibilidades de desviación de la penalidad mínima contenida en el marco de punición —que conducirá a la imposición de castigos moderados insertos normalmente en la magnitud mínima de punición legalmente prevista—; las segundas, por su parte, fundamentarían un deber específico (*ordinal*) de correspondencia estricta en el plano valorativo entre la gravedad de cada supuesto de hecho individual (intensidad de injusto culpable concurrente) y de la pena imponible al mismo.

4. A modo de conclusión

El enfoque propuesto, partiendo de que se asigna a la determinación judicial de la pena una naturaleza jurídica híbrida o dual —puesto que consiste en aplicación estricta del Derecho y, al mismo tiempo, en configuración *marginal* de las normas jurídicas aplicadas—, desarrolla una nueva teoría de la determinación judicial de la pena que adjudica especial relevancia a consideraciones sistemáticas en la imposición del castigo individual, pero que defiende también que la magnitud de punición del caso concreto debe corresponderse estrictamente con la gravedad de la configuración fáctica del tipo. Partiendo de las influyentes aportaciones de VON HIRSCH, y procurando tomar en consideración las tendencias convergentes más recientes que se identifican en el campo conceptual de la determinación judicial de la pena, el modelo propuesto efectúa una redefinición del concepto, contenido e implicaciones de lo que se debe entender por proporcionalidad cardinal y ordinal, y postula que la pena individual debe surgir de la valoración sincrética de exigencias (sistemáticas) de proporcionalidad cardinal y de exigencias (estrictas) de proporcionalidad ordinal.

En última instancia, la teoría presentada conduce a que el margen de maniobra del que disponen los juzgadores para fijar el castigo del caso concreto se deba ejercitar conforme a un estándar de interpretación restrictiva (a fin de dar cumplimiento a exigencias de proporcionalidad cardinal), debiéndose efectuar una fundamentación reforzada frente a cualquier desviación que se produzca respecto a la magnitud mínima de punición legalmente prevista. Y ello tanto frente a una desviación que suponga *no ingresar* al marco abstracto por falta de concurrencia de injusto suficiente merecedor de castigo a la luz de la penalidad mínima, como frente a una desviación que implique castigar el supuesto concreto más severamente por estimarse la concurrencia de un grado de injusto culpable de gravedad excedente respecto al que deba asociarse como merecedor de dicha penalidad mínima. Tanto la decisión de no ingresar al marco abstracto, como la de efectuar ulteriores distinciones típicas que requieran la aplicación de penalidades no mínimas dentro de la escala legal suponen el ejercicio de atribuciones que únicamente se deben reconocer de forma *marginal* a los tribunales. La imposición de la penalidad mínima prevista, por no suponer una desviación del punto de referencia legalmente fijado por el órgano competente para efectuar la delimitación del núcleo esencial del terreno de lo típico y de lo punible, requerirá una fundamentación que justifique suficientemente que no se está ante supuestos excepcionales en los que no se deba *ingresar* al marco penal en función del grado de injusto culpable concurrente.

5. Bibliografía

AGUADO CORREA (2014), «El principio de proporcionalidad en derecho penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 29 ss.

ALBRECHT (2013), «Sentencing in Germany: explaining long-term stability in the structure of criminal sanctions and sentencing», *Law and Contemporary Problems*, (76), pp. 211 ss.

———— (2003), «Tatproportionalität in der Strafzumessungspraxis», en FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (eds.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung. Buchenbach-Symposium 1999*, Müller, Heidelberg, pp. 215 ss.

———— (1994), *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*, Duncker & Humblot, Berlín.

AMBOS (ed.) (2020), *Strafzumessung. Angloamerikanische und deutsche Einblicke / Sentencing. Anglo-American and German Insights*, Göttingen University Press, Gotinga.

———— (2014), *Treatise on International Criminal Law*, t. II, Oxford University Press, Nueva York.

BASSO (2019), *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, Madrid.

———— (2019), «Sobre la incidencia de los fines de la pena en la determinación judicial del castigo», en CANCIO MELIÁ/MARAVER GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/GUÉREZ TRICARICO/RODRÍGUEZ HORCAJO/BASSO (eds.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. II, UAM Ediciones, Madrid, pp. 1323 ss.

———— (2019), «Determinación de la pena e indulto», en MOLINA FERNÁNDEZ/CARRACEDO CARRASCO (eds.), *El indulto. Pasado, presente y futuro*, B de F, Montevideo/Buenos Aires, pp. 503 ss.

———— (2018), «Determinación de la pena en supuestos de unidad delictiva y de concursos», en ZIFFER (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal. Justicia Federal*, t. 11, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 19 ss.

———— (2017), «Sobre la relevancia de las penas mínimas. Una reflexión a partir del caso mesa nacional Herri Batasuna (STC 136/1999, de 20 de julio)», en PÉREZ CEPEDA (dir.), *Actas del Seminario Internacional. El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político-criminal*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 239 ss.

BERNER (1845), «Entwurf zu einer phänomenologischen Darstellung der bisherigen Straftheorien, sowie zu einer begriffsmäßigen Vereinigung der relativen Theorien mit der absoluten», *Archiv des Criminalrechts*, (26), pp. 144 ss.

BESIO HERNÁNDEZ (2011), *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

BORJA JIMÉNEZ (2016), «Peligrosidad criminal e individualización judicial de la pena», *Revista Nuevo Foro Penal*, (87), pp. 120 ss.

BUßMANN (2013), «§ 46», en MATT/RENZIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Franz Vahlen, Múnich, nm. 1 ss.

CANCIO MELIÁ (2010), *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, Madrid.

CASTELLÓ NICÁS (2007), *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, Comares, Granada.

CHOCLÁN MONTALVO (1997), *Individualización judicial de la pena, función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Colex, Madrid.

CUERDA ARNAU (2014), «Proporcionalidad penal. Libertad de expresión y efecto de desaliento. Su proyección sobre los nuevos tipos de apología», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 151 ss.

DE LA MATA BARRANCO (2014), «La actuación proporcionada: una exigencia de la finalidad preventiva del derecho penal», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/RUSCONI (dirs.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 203 ss.

——— (2008), *La individualización de la pena en los tribunales de justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias del procesado en la jurisdicción penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.

DEMETRIO CRESPO (1999), *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.

DOLCINI (1979), *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Cedam, Padua.

DREHER (1968), «Gedanken zur Strafzumessung», *Juristen Zeitung*, (7), pp. 209 ss.

——— (1967), «Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes», *Juristen Zeitung*, (2), pp. 41 ss.

——— (1961), «Anmerkung zu einem Urteil des OLG Stuttgart», *Monatschrift für deutsches Recht*, (4), pp. 343 s.

——— (1947), *Über die gerechte Strafe. Eine theorische Untersuchung für die deutsche strafrechtliche Praxis*, Schneider, Heidelberg.

ELHART (2012), *Individualización judicial de la pena en el derecho penal argentino*, tesis doctoral inédita, Universidad Nacional de La Plata, disponible en http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/34940 (última consulta: 7/7/2020).

ERHARD (1992), *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld*, Duncker & Humblot, Berlín.

FEIJOO SÁNCHEZ (2014), *La pena como institución jurídica*, B de F, Montevideo/Buenos Aires.

——— (2007), «Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena», *InDret*, (1), pp. 1 ss.

FRASE (2013), *Just Sentencing. Principles and Procedures for a Workable System*, Oxford University Press, Nueva York.

FREUND (2009), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Springer, Leipzig.

——— (2004), «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal», trad. de RAGUÉS I VALLÈS, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 91 ss.

FRISCH (2019), «Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel in der Theorie der Strafe. Grundlinien einer kommunikativen Straftheorie», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (9), pp. 537 ss.

——— (2014), «Pena, delito y sistema de delito en transformación», trad. COCA VILA, *InDret*, (3), pp. 1 ss.

GALLEGO DÍAZ (1985), *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas legales de aplicación de penas del Código Penal*, ediciones ICAI, Madrid.

GARCÍA ARÁN (1997), *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona.

——— (1982), *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Ediciones Universidad de Barcelona, Barcelona.

GÓMEZ BENÍTEZ (1980), «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», *La Reforma del Derecho Penal. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (3), pp. 129 ss.

GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI (2020), «La hegemonía de los fines de la pena en la concreción del castigo: situación actual, análisis crítico y alternativas de futuro», *Política Criminal*, (15-30), pp. 583 ss.

——— (2017), *La concreción del castigo. El ejercicio legítimo del arbitrio judicial en las decisiones individualizadoras, desde un enfoque fenomenológico*, tesis doctoral inédita, Universidad Abat Oliba CEU, disponible en http://hdl.handle.net/10803/454745 (última consulta: 9/7/2020).

GUERRA ESPINOSA (2016), «Determinación de la pena exacta. Algunas consideraciones acerca de la mayor o menor extensión del mal», *Revista de Derecho Universidad de San Sebastián*, (22), pp. 1 ss.

HART (1959-1960), «The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment», *Proceedings of the Aristotelian Society*, (60), pp. 1 ss.

HENKEL (1969), *Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, Mohr, Tubinga.

HÖRNLE (2019), «Zur Lage der Strafzumessung in Deutschland», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (4), 2019, pp. 282 ss.

——— (1999), *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlín.

HORN (2001), «§ 46», en RUDOLPHI/HORN/SAMSOM, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª ed., pp. 1 ss.

——— (1975), «Wider die "*doppelspurige*" Strafhöhenzumessung», en GRÜNWALD/MIEHE/RUDOLPHI/SCHREIBER (eds.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70.Geburtstag am 28. Juli 1975*, Otto Schwartz, Gotinga, pp. 241 ss.

HORN/WOLTERS (2016), «§ 46», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. II, 9ª ed., Carl Heymanns, Múnich, nm. 1 ss.

JÄGER (2017), «Wechselbeziehungen zwischen Tatbestand und Strafzumessung unter besonderer Berücksichtigung der Regelbeispielsmethode. Zugleich eine Betrachtung zur Bedeutung der strafzumessungsorientierten Auslegung», en SAFFERLING/KETT-STRAUB/JÄGER/KUDLICH (eds.), *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 285 ss.

JAKOBS (2006), *La pena estatal: significado y finalidad*, trad. y estudio preliminar de CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ, Aranzadi, Cizur Menor.

——— (1991), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., De Gruyter, Berlín.

JAREBORG (1998), «Why Bulk Discounts in Multiple Offence Sentencing?», en ASHWORTH/WASIK (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory*, Clarendon Press, Oxford, pp. 129 ss.

JIMÉNEZ DE ASÚA (1948), *La sentencia indeterminada*, 2ª ed., Tea, Buenos Aires.

KAUFMANN, Arthur (1976), *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., Carl Winter-Universitätsverlag, Heidelberg.

KÖHLER (1997), *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín.

——— (1983), *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung erörtert am Problem der Generalprävention*, R. v. Decker's & C. F. Müller, Heidelberg.

LASCURAÍN SÁNCHEZ (2015), «Principios del Derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho penal», en EL MISMO (coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 59 ss.

——— (2012), «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *InDret*, (3), pp. 1 ss.

LUZÓN PEÑA (1979), *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid.

MANNOZZI (1996), *Razionalità e "Giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Cedam, Padua.

MAÑALICH RAFFO (2015), «La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmensurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena», *Política criminal*, (10-20), pp. 498 ss.

MEERNIK (2011), «Sentencing Rationales and Judicial Decision Making at the International Criminal Tribunals», *Social Science Quarterly*, (92-3), pp. 589 ss.

MIR PUIG (2016), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. (con la colaboración de GÓMEZ MARTÍN y VALIENTE IVÁÑEZ), Reppertor, Barcelona.

MIRANDA RODRIGUES (1995), *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (Os criterios da culpa e da prevenção),* Coimbra Editora, Coimbra.

MOLINA FERNÁNDEZ (2020), «Concursos de leyes y de delitos» y «Reglas de determinación de la pena», respectivamente en EL MISMO (coord.), *Memento práctico penal 2021*, Francis Lefebvre, Madrid, nm. 3250 ss. y nm. 5420 ss.

——— (2019), «1. La determinación de la pena», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, BOE, Madrid, pp. 213 ss.

MORRIS (1982), *Madness and the Criminal Law*, University of Chicago, Chicago.

——— (1973-1974), «The future of imprisonment: toward a punitive philosophy», *Michigan Law Review*, (72), pp. 1161 ss.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2019), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. (revisada y puesta al día con la colaboración de GARCÍA ÁLVAREZ), Tirant Lo Blanch, Valencia.

OSTROM/OSTROM JR. (2004), «A New Look at Sentence Severity», en TATA/HUTTON (eds.), *Sentencing and society. International perspectives*, Ashgate, Hampshire, pp. 277 ss.

PANTALEÓN DÍAZ (2019), «Treinta años de reformas del homicidio y las lesiones imprudentes en el Derecho penal español (1989-2019). Historia de un despropósito», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (55), pp. 145 ss.

PEÑARANDA RAMOS (2015), «La pena: nociones generales», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 255 ss.

PERALTA (2008), «Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena», *Doxa,* (31), pp. 599 ss.

PÉREZ MANZANO (2015), «IV. «El mandato» constitucional de reeducación y reinserción social», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 151 ss.

——— (1990), *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.

PUENTE RODRÍGUEZ/LLOBET ANGLÍ (2019), «Norma de sanción y norma de conducta: ¿por qué castigamos más cuando queremos castigar menos? Una reflexión al hilo del nuevo art. 579 bis 4 CP», *La ley penal*, (141), pp. 1 ss.

QUINTERO OLIVARES (1978), «Determinación de la pena y política criminal», *Cuadernos de Política Criminal*, (4), pp. 49 ss.

ROBERTS (2013), «Sentencing guidelines in England and Wales: recent developments and emerging issues», *Law and Contemporary Problems*, (76), pp. 1 ss.

ROBINSON (2008), *Distributive principles. Who should be punished, how much?*, Oxford University Press, Nueva York.

ROBLES PLANAS (2019), «La tiranía de la proporcionalidad», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas, Lima, pp. 115 ss.

RODRÍGUEZ HORCAJO (2019), «¿Límites consecuencialistas a una pena consecuencialista? Una introducción», en CANCIO MELIÁ/MARAVER GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/GUÉREZ TRICARICO/RODRÍGUEZ HORCAJO/BASSO (eds.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, UAM Ediciones, Madrid, pp. 291 ss.

——— (2016), *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid.

RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid.

ROXIN (1993), «Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad», trad. de ZIFFER y PASTOR (borrador de BLANCO), en MAIER (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 15 ss.

——— (1981), *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, trad., introd. y notas de MUÑOZ CONDE, Reus, Madrid.

ROXIN/GRECO (2020), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 5ª ed., C. H. Beck, Múnich.

SÁNCHEZ TOMÁS (2018), «Artículo 25.2. Los fines de la pena y los derechos fundamentales de los presos», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER/CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XL Aniversario*, t. I, BOE/Ministerio de Justicia/Fundación Wolters Kluwer/Tribunal Constitucional, Madrid.

SANZ MORÁN (2016), «Un creciente embrollo: últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales en materia de concurso de delitos», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, (44), pp. 15 ss.

SCHÖCH (1975), «Grundlagen und Wirkungen der Strafe. Zum Realitätsgehalt des § 46, Abs. 1, StGB», en GRÜNWALD/MIEHE/RUDOLPHI/SCHREIBER (eds.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70.Geburtstag am 28. Juli 1975*, Otto Schwartz, Gotinga, pp. 255 ss.

SCHÜNEMANN (1991), «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en EL MISMO (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, pp. 147 ss.

——— (1987) «Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung», en ESER/CORNILS (eds.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitk: Beiträge zu einem Deutsch-Skandinavischen Strafrechtskolloquium,* Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Friburgo, pp. 209 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2007), «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», *InDret*, (2), pp. 1 ss.

STAHL (2015), *Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Straftheorie. Zugleich ein Betrag zur Strafzumessungsrelevanz des Vor- und Nachtatverhaltens*, Duncker & Humblot, Berlín.

STOCO (2019), *Culpabilidade e medida da pena. Uma contribuição à teoria judicial de aplicação da pena proporcional ao fato*, Marcial Pons, San Pablo.

STRENG (1984), *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit. Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung*, R. v. Decker, Heidelberg.

TEIXEIRA (2015), *Teoria da aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*, Marcial Pons, San Pablo.

VON HIRSCH (2017), *Deserved criminal sentences. An overview*, Hart Publishing, Portland.

——— (1998), *Censurar y castigar,* trad. e introd. de LARRAURI PIJOAN, Trotta, Madrid.

——— (1985), *Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, Rutgers University Press, Nueva Jersey.

——— (1981), «Utilitarian Sentencing Resuscitated: The American Bar Association's Second Report on Criminal Sentencing», *Rutgers Law Review*, (33), pp. 772 ss.

WOLFF (1985), «Das neue Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (97), pp. 786 ss.

ZIFFER (2007), «Artículos 40/41», en BAIGÚN/ZAFFARONI (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 2A, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, pp. 67 ss.

——— (1999), *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires.

——— (1993) «Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena», en MAIER (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, pp. 89 ss.

ZIPF (1979), *Introducción a la política criminal*, trad. IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA, Edersa, Madrid.

ZYSMAN QUIRÓS (2013), *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, Marcial Pons, Madrid.

——— (2004), «Determinación judicial de la pena, poderes de los jueces y derecho a un juicio por jurados. Una aproximación al sistema estadounidense de *Sentencing Guidelines* a partir del reciente fallo *Blakely v. Washington*», *Nueva doctrina penal*, (B), pp. 627 ss.

InDret

2.2021

Jorge Rodríguez-Menés
Universitat Pompeu Fabra

Fernando Ruiz-Vallejo
Universitat Pompeu Fabra y Asociación Profamilia

Mitos y realidades en la crítica al discurso feminista sobre la violencia en pareja

La importancia del género en la violencia contra la pareja en Cataluña

Sumario

Este trabajo evalúa la validez de la crítica antifeministas en tres aspectos clave de la violencia en pareja: ¿los agresores, son violentos generalistas que agreden a otras personas o especialistas que agreden solo a sus parejas? ¿Es la violencia en pareja unilateral, de hombre a mujer, o bilateral? ¿Es un fenómeno importado de fuera con los flujos migratorios o simplemente se concentra en poblaciones vulnerables? Utilizando datos de registros penitenciarios sobre agresores y víctimas correspondientes a una cohorte de condenados por un delito de violencia en pareja y a una muestra de control condenada por cualquier delito en Cataluña, se concluye que la crítica antifeminista tiene poco fundamento, al menos en lo que se refiere a la violencia procesada por el sistema penal. Esta violencia es principalmente un asunto de hombres que se especializan en agredir a parejas vulnerables.

Abstract

This study assesses the validity of the antifeminist discourse on three fundamental aspects of intimate partner violence (IPV): the degree to which the aggressors behave like other violent offenders who attack any people, or rather specialize in assaulting their partners; how much of their violence is unilateral (from men to women) or bilateral (also from women to men); and to what extent it is a phenomenon imported from abroad through migratory flows, or it has rather no frontiers even though it has a greater impact on vulnerable populations. Using data from criminal and assistance-to-victim records corresponding to a complete 5-year cohort of aggressors convicted of IPV crimes, and a random sample of about 10% of all offenders convicted for any crime during the same period in Catalonia, we conclude that the criticisms against the feminist discourse have little basis, at least in what regards the violence processed by the penal system. This violence is primarily a matter of men who specialize in assaulting vulnerable partners, many of them immigrants.

Title: *Myths and truths in the criticism of the feminist approach to intimate partner violence. The centrality of gender in the intimate partner violence in Catalonia*

Palabras clave: violencia de género; violencia de pareja; crítica antifeminista; comportamiento violento especializado; violencia simétrica; inmigración; Cataluña.

Keywords: *gender-based violence; intimate partner violence; antifeminist critique; specialized violent behaviour; symmetric violence; immigration; Catalonia.*

DOI: 10.31009/InDret.2021.i2.07

InDret

2.2021

Recepción

05/02/2021

-

Aceptación

06/04/2021

-

Índice

-

1. Introducción

2. La perspectiva feminista sobre la violencia contra la pareja, y sus críticos

2.1. La especificidad de la violencia en pareja

2.2. La bilateralidad de la violencia en pareja

2.3. La concentración de la violencia en pareja en grupos minoritarios

3. Objetivos

4. Datos

5. Resultados

5.1. ¿Son los agresores de violencia en pareja especialistas o generalistas?

5.2. ¿Es la violencia en pareja un fenómeno bilateral o unilateral?

5.3. ¿Es la violencia en pareja un fenómeno asociado con la inmigración?

6. Conclusiones

7. Bibliografía

-

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

-

1. Introducción*

Hoy en día es frecuente escuchar declaraciones poniendo en duda el discurso feminista sobre la violencia en pareja, que defiende que tiene sus raíces en un sistema patriarcal de poder que subordina la mujer al hombre. Las críticas a este discurso son heterogéneas. Abarcan, desde un cuestionamiento de la especificidad machista de la violencia en pareja, entendiéndola como una manifestación más de una personalidad violenta, hasta el cuestionamiento de su carácter unilateral, de hombre a mujer. Hay incluso quien cree que en las sociedades avanzadas esta violencia ha sido importada junto con la inmigración.

Los discursos críticos con la perspectiva feminista tienen su correlato en la academia. Como veremos más adelante, el debate sobre si la violencia en pareja es una manifestación de una personalidad violenta o de una cultura patriarcal explica muchas diferencias en las tipologías de maltratadores. Más enconado aún es el debate sobre el carácter bilateral (simétrico) o unilateral (de hombre a mujer) de la violencia en pareja. Finalmente, aunque quizás no tan intenso en la academia, hay un debate importante sobre si el maltrato se concentra entre las minorías étnicas e inmigrantes.

Este trabajo busca aportar luz sobre estos debates con datos de un estudio criminológico sobre la violencia contra la mujer en parejas íntimas en Cataluña realizado por los grupos de Investigación en Criminología y Sistema Penal y en Sociodemografía de la Universidad Pompeu Fabra. El trabajo contó con el consentimiento y apoyo de la Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a les Víctimes del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, la depositaria de los datos, a quien agradecemos su gran ayuda y colaboración. Los datos corresponden a una cohorte de condenados por un delito de violencia contra la pareja durante 5 años, y de sus víctimas, si estaban sujetas a medidas de protección. Contamos con su historial delictivo y de victimización antes y después del delito o victimización por el que fueron seleccionados, y con algunos datos sociodemográficos. Los compararemos con los de una muestra de control formada por aproximadamente un 10% del total de condenados por cualquier delito durante el mismo período en Cataluña.

La gran riqueza de los datos nos ha permitido investigar la validez del discurso antifeminista sobre la violencia en pareja y ofrecer una amplia perspectiva del problema en Cataluña con un detalle como nunca antes se había proporcionado.

En la próxima sección se describen los debates científicos sobre la generalidad de la violencia en pareja, su carácter bidireccional, y la sobrerepresentación de los inmigrantes. Después se describen los datos. En la siguiente sección presentamos los resultados separadamente para cada debate. En las conclusiones se discuten sus implicaciones.

---

* Autores de contacto: Jorge Rodríguez-Menés (jorge.rodriguez@upf.edu) y Fernando Ruiz-Vallejo (fernando.ruiz@profamilia.org.co). El artículo es un producto del proyecto "An Integral Study of Intimate Partner's Violence Against Women: Individual and Relational Factors that Increase the Risks of Perpetrating and Experiencing IPV, financiado por la convocatoria de ayudas a la investigación PR02117 - RECERCAIXA 2016ACUP00107 y liderado por Jorge Rodríguez Menés. No podría haber visto la luz sin el apoyo y la ayuda inestimables de Eulàlia Luque Reina y Graciela García Vilà, Responsable y Técnica, respectivamente, del l'Àrea de Planificació i Projectes Estratègics de la Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya. También queremos agradecer a Josep Torà i Solsona, de T-Systems Iberia, el interés y la profesionalidad mostrados en la preparación de la base de datos utilizada en el estudio.

2. La perspectiva feminista sobre la violencia contra la pareja, y sus críticos

La perspectiva feminista sobre la violencia en pareja sostiene que la razón *fundamental* de su existencia es el sistema patriarcal que fomenta la sumisión de la mujer al hombre y el uso de la violencia como herramienta de poder y de restauración de la autoridad patriarcal cuando se debilita (DOBASH y DOBASH, 1979; DEKESEREDY, 2011; RODRÍGUEZ-MENÉS y SAFRANOFF, 2012). En España, la irrupción de la perspectiva feminista fue más tardía, aunque lo hizo con fuerza, impregnando la respuesta penal hacia la violencia en pareja (FERRER-PÉREZ y BOSCH-FIOL, 2019).

Una crítica recurrente es que el feminismo tiende a presentar al patriarcado como causa única de la violencia en pareja, minimizando su multidimensionalidad (DUTTON, 2010; LARRAURI, 2007; LONAIZ, 2014; PEREDA y TAMARIT 2013). Sin embargo, como han señalado recientemente GEORGE y STITH (2014) y DEKESEREDY (2017), esta crítica obvia la complejidad y heterogeneidad de la perspectiva feminista, centrándose en las versiones más simplistas y trasnochadas. Las actuales incorporan una perspectiva multicausal (GARCÍA-MORENO *et al*., 2015), manteniendo a la desigualdad de género como eje fundamental para comprenderla (RAJ y SILVERMAN, 2002; ANDERSON, 2002; BIGLIA y VERGÉS-BOSCH, 2016; FERRER-PÉREZ y BOSCH-FIOL, 2019). Para el nuevo feminismo, el análisis de la violencia en pareja no debe circunscribirse a un debate sobre la personalidad violenta o sobre las condiciones que favorecen el conflicto en la pareja, sino que debe incorporar el género como eje vertebrador de esas otras posibles explicaciones, al menos como vehículo facilitador de su expresión.

La polémica puede entenderse mejor si se articula en torno a tres debates sobre: 1) la especificidad de la violencia en pareja, 2) su carácter unilateral o asimétrico y 3) su carácter autóctono.

2.1 - La especificidad de la violencia en pareja

El debate sobre la especificidad de la violencia en pareja está íntimamente ligado al de sus causas y, especialmente, al impacto de las experiencias y rasgos personales de los agresores sobre los riesgos de ejercerla.

En un meta-análisis reciente, CAPALDI *et al* (2012) identificaban el haber agredido anteriormente a una pareja como el factor que mejor predice la violencia en relaciones íntimas, aunque también destacaban otras experiencias traumáticas como factores de riesgo, como haber sido testigo colateral de esta violencia u objeto de maltrato o abusos sexuales en la infancia, o un bajo apego emocional a otras personas (DUTTON y WHITE, 2012). En otro meta-análisis reciente, ORAM *et al* (2013) documentaban la alta incidencia entre quienes agreden a sus parejas de trastornos psicológicos como la depresión, la ansiedad, el pánico o las fobias sociales.

Gran parte de las tipologías más famosas de agresores contra la pareja (HOLTZWORTH-MUNROE y STUART, 1994; GOTTMAN *et al*., 1995) se basan en sus patologías psiquiátricas y problemas de salud mental para clasificarlos – véase AMOR *et al.,* (2009) para una buena descripción. En la de HOLTZWORTH-MUNROE y STUART (1994) se distinguen tres tipos de violencia en parejas: la familiar, de carácter leve y episódico; la antisocial, característica de personas frías y despiadadas; y la borderline/disfórica, más común entre personas emocionalmente inestables. La dificultad para distinguir clínicamente a las dos últimas (LANGHINRICHSEN-ROHLING *et al*., 2012), han llevado a muchos autores a trabajar con solo dos grandes grupos de agresores (HERRERO *et al*., 2016): los

violentos en general, que agreden a sus parejas como lo harían a otras personas, y que comparten la misma conducta violenta y antisocial con otros violentos, y los que se especializan en violencia familiar, más integrados socialmente y con menos problemas psicológicos, cuya violencia es menos sistemática y más reactiva a situaciones de estrés familiar (GELLES y STRAUSS, 1979; VANDERENDE *et al*., 2012).

La tipología de JOHNSON (1995), originariamente también binaria, distingue a los "terroristas domésticos", que combinan la violencia física y/o sexual con el abuso económico y emocional, de los "agresores domésticos comunes", que reaccionan a condiciones medioambientales estresantes. Para Johnson, el machismo es el elemento definitorio del terrorismo doméstico, mientras que en las tipologías anteriores, más psicológicas, los rasgos disfuncionales de la personalidad y los trastornos psicológicos definen a los violentos, sean o no domésticos (DUTTON, 2010).

Así, el debate entre especialistas y generalistas gira cada vez más en torno al carácter social o psicológico de la violencia en pareja, a si es necesario considerar el sistema patriarcal para explicarla. Para los generalistas, basta con atenerse a las teorías generales sobre la violencia para explicarla (DUTTON,, 1988; MOFFIT *et al*., 2001; FELSON, 2006; FELSON y LANE, 2010; KISS *et al*., 2015; HERRERO *et al*., 2016). Arguyen que hay grandes similitudes entre los que agreden a sus parejas y otros violentos (FELSON y LANE, 2010; KISS *et al*., 2015; HERRERO *et al*., 2016; JUARROS-BASTERRETXEA *et al*., 2018; PEREDA y TAMARIT, 2019). Por contra, quienes incorporan la perspectiva feminista sostienen que hay diferencias entre unos y otros en sus historiales criminales y rasgos sociodemográficos (SWOGGER *et al*., 2007; JOHNSON *et al*., 2015) y que quienes agreden a sus parejas *se especializan* en hacerlo, sin que necesariamente cometan otro tipo de delitos violentos.

2.2 - La bilateralidad de la violencia en la pareja

El debate sobre si la violencia en pareja es bilateral[1], de hombre a mujer y de mujer a hombre, está ligado al de su generalidad, pues quienes defienden su simetría suelen asociarla a factores personales psicológicos, que afectarían por igual a hombres y mujeres (MOFFITT *et al*., 2001; TREMBLAY *et al*., 2004).

Según ellos, la evidencia científica apuntaría a que unos y otras comparten los mismos factores de riesgo del comportamiento agresivo y antisocial (MOFFITT *et al*., 2001; CÖTÉ *et al*., 2002; SPENCER *et al*., 2019). El deseo de controlar al otro, las dificultades para gestionar la ira, o los celos, explican la violencia en pareja ejercida por hombres y mujeres (HARNED, 2001; ARCHER, 2002; GRAHAM-KEVAN y ARCHER, 2005; LANGHINRICHSEN-ROHLING *et al*., 2012b). De hecho, en muchos estudios la violencia de la mujer hacia el hombre es tan prevalente como la del hombre hacia la mujer. No es sólo que los episodios violentos resultan a menudo en agresiones mutuas (LANGHINRICHSEN-ROHLING *et al*., 2012), sino también que la mujer es la que más frecuentemente los inicia (CAPALDI *et al*., 2007), o la única agresora (DEMARIS, 1987; MORSE, 1995; ANDERSON, 2002; SIMMONS *et al*., 2005).

[1] Muchos de los autores citados prefieren el adjetivo "simétrica" para referirse a la violencia bidireccional, de hombre a mujer y de mujer a hombre. Aquí preferimos el término "bilateral", que no implica que el tipo, la intensidad y las consecuencias de la violencia ejercida por hombres y mujeres sean iguales, solo que la ejercen en un número parecido. El concepto de violencia bilateral (como el de simetría) no implica la reciprocidad en la agresión (agresiones mutuas), solo apunta a una equiprobabilidad en el ejercicio de la violencia por parte de hombres y mujeres, ya sea en la misma pareja como en parejas distintas.

Estos investigadores (p.ej., GRAHAM-KEVAN, 2017) critican el uso que otros hacen de las encuestas de victimización de mujeres (p.ej., DOBASH y DOBASH, 2004) para extrapolar pautas de violencia unilateral del hombre a la mujer que no se detectan en encuestas donde el hombre cuenta sus experiencias. Para ellos, la razón de que en los registros judiciales y penitenciarios el porcentaje de hombres agresores sea mucho mayor que el de mujeres es el creciente clima de opinión que presenta a la mujer como la víctima primaria de la violencia en pareja y al patriarcado como su causa principal. Como señala SHULER (2010), este clima generaría dobles varas de medir al juzgar el comportamiento de hombres y mujeres y sentimientos de vergüenza y desconfianza en el hombre, que le llevarían a ocultar sus victimizaciones. Cuando se controlan estos sesgos, señalan, la evidencia disponible avala que hay pocas diferencias de género en la incidencia y prevalencia de victimizaciones en pareja (COKER *et al*., 2002; COSTA *et al*., 2015).

Y, sin embargo, en favor de la perspectiva feminista, otros estudios sí encuentran una mayor frecuencia de agresiones íntimas perpetradas por hombres y factores de riesgo diferenciales (DOBASH y DOBASH, 2004; SPENCER *et al*., 2019), además de constatar la mayor gravedad de la violencia sufrida por las mujeres, sobre todo la que produce secuelas psicológicas y pérdidas de vidas (STÖCKL *et al*., 2013; SPENCER y STITH, 2020).

2.3 - La concentración de la violencia en pareja en grupos minoritarios

La crítica a las posiciones feministas sobre la violencia en pareja es menos explícita respecto a la sobrerepresentación de las minorías étnicas o inmigrantes entre los maltratadores, aunque el antifeminismo y el nacionalismo suelen ir juntos en los discursos políticos ultraconservadores, también en España (MEDINA-ARIZA, 2006; SAGER y MULINARI, 2018).

La razón es que la sobrerepresentación de estas minorías entre delincuentes y maltratadores no es un fenómeno universal, sino europeo (KILLIAS, 2011; JUNGER-TAS, 2012). En los EEUU, la mayoría de los estudios – véase ZATZ Y SMITH (2012) para un repaso sistemático – encuentran una infrarepresentación de los inmigrantes o minorías étnicas entre quienes agreden a sus parejas (WRIGHT y RODRÍGUEZ, 2014), con algunas excepciones (CAETANO *et al*., 2000; MENJIVAR y SALCIDO, 2002; VAUGHN *et al*., 2015). Por el contrario, en España y Europa, los inmigrantes están sobrerrepresentados entre los violentos y los maltratadores (ALONSO-BORREGO *et al*., 2009; FERNÁNDEZ-MONTALVO *et al*., 2012; BARTOLOMÉ-GUTIÉRREZ y FERNÁNDEZ-MOLINA, 2020).

Se han aducido varias explicaciones al respecto. Algunos apuntan a las culturas de procedencia de los inmigrantes, o de las ecologías donde se concentran en el país anfitrión, más condescendientes con el uso de la violencia para resolver conflictos (GRACIA *et al*., 2009; RODRÍGUEZ-MARTÍNEZ y KHALIL, 2017). Otros subrayan la sobrerepresentación entre estas minorías del maltrato infantil y de problemas de inadaptación y falta de apego en la infancia y la adolescencia (HAMPTON y GELLES, 2005; FERNÁNDEZ-MONTALVO *et al*., 2011; RAMOS *et al*., 2017).

En contraste con esta perspectiva que enfatiza las condiciones marginales y los valores culturales en que se socializan las minorías, que actuarían como caldo de cultivo de la violencia, la perspectiva feminista subraya el efecto que tienen sobre el sistema patriarcal y la probabilidad del maltrato a la mujer, sea la intersección entre las desigualdades de género, raciales y de clase, sea la inconsistencia de estatus en parejas mixtas de nacionales e inmigrantes donde esas interseccionalidades están ausentes. Por un lado, la interseccionalidad expone a las mujeres inmigrantes a experimentar las consecuencias más severas de la violencia en pareja, por falta de recursos propios y de apoyo social e institucional (CRENSHAW, 1991; MARTÍNEZ-ROMÁN *et al*., 2017; MENJÍVAR y SALCIDO, 2002; RAJ y SILVERMAN, 2002; WHITE y SATYEN, 2015). Por otro, en parejas

mixtas donde la mujer ocupa un estatus superior, por ser ella ciudadana del país anfitrión y él inmigrante, la inconsistencia entre el estatus tradicionalmente superior del hombre y su inferioridad legal promueve respuestas violentas para restaurar el orden patriarcal tradicional (RODRÍGUEZ-MENÉS y SAFRANOFF, 2020; YLLÖ, 1988).

Para las perspectivas feministas, el papel de las instituciones es clave para proteger a estas mujeres tan vulnerables. Algunas feministas se alinean con respuestas institucionales más punitivas por considerarlas necesarias para contrarrestar las culturas patriarcales que impregnan a estas comunidades - véase SAGER y MULINARI (2018) para un repaso reciente -. Otras, más actuales, reconocen los efectos contraproducentes que un exceso de severidad o "feminismo carcelario" (BERNSTEIN, 2012; KIM, 2018) tendrían sobre estas comunidades, por ejemplo, reduciendo la probabilidad de que las inmigrantes en situación irregular denuncien a sus agresores por miedo a ser deportadas, o por el deterioro que acarrearía el encarcelamiento de la pareja en sus condiciones de vida o, en fin, por su indefensión ante posibles represalias de los agresores, por sus bajos recursos y mayor aislamiento (MENJÍVAR y SALCIDO, 2002; IYENGAR, 2009; DÍEZ RIPOLLÉS *et al.,* 2017).

3. Objetivos

Nuestro objetivo principal es dar a conocer la riqueza y detalle de los datos que hemos compilado, con la inapreciable colaboración del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, sobre la violencia contra la pareja en Cataluña. Mediante la explotación estadística de estos datos, esperamos también poder contribuir, aportando nueva evidencia empírica, a dirimir los tres debates anteriormente expuestos. Respecto a la especificidad de la violencia en pareja investigaremos, desde una perspectiva longitudinal, si los condenados por delitos contra sus parejas se asemejan a los condenados por otros delitos violentos, comparando sus historiales delictivos y características criminológicas y sociodemográficas. Respecto a la unilateralidad de la violencia en pareja, analizaremos si las proporciones de hombres entre los condenados por violencia en pareja son distintas a las de los condenados por otros delitos; si aumentan en sucesivas condenas; y si los perfiles delictivos y victimológicos de los hombres y mujeres son distintos. Por último, en lo que respecta a la relación entre inmigración y violencia en pareja, estimaremos la sobrerepresentación de los inmigrantes entre los condenados por estos y otros delitos, y si puede explicarse por la mayor severidad del sistema penal hacia ellos o por sus características sociodemográficas y las de sus víctimas.

4. Datos

Los datos provienen de los archivos de la "Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a les Víctimes del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya". Corresponden a una cohorte completa de condenados por haber cometido al menos un delito de violencia contra la pareja en Cataluña entre el 1/1/2010 y el 31/12/2014 (N=6.984) [2]. Nos referiremos a este delito y al período de cinco años en que ocurrió como el *delito* y el *período de selección*. Además de información sobre este delito de selección (fecha de comisión, tipificación, medidas cautelares, pena, fecha de inicio y finalización de cumplimiento, etc.), y de algunas características sociodemográficas de los agresores al momento de su comisión (edad, género, estatus marital,

[2] Entendemos por delito de violencia contra la pareja cualquier delito de violencia doméstica o género que tenga como víctima a una pareja o expareja.

educativo y ocupacional) también contamos con el historial de condenas previas y posteriores (fechas y características de delitos y penas), hasta el 31 de marzo de 2019. Finalmente, tenemos información sobre los historiales y características sociodemográficas de las víctimas del delito de selección (N=3.222) y de otras víctimas anteriores o posteriores del mismo u otro agresor, siempre que requirieran alguna medida cautelar. Compararemos a esta cohorte de agresores con una muestra aleatoria de un 10% de los condenados por cualquier delito durante el mismo período de selección (N=4.371), para quienes solicitamos la misma información.[3] Para obtener los datos, hubo que cruzar los registros de tres bases de datos (de penas alternativas, prisiones, y víctimas) con técnicas especiales de encriptado de la información de las personas para proteger su anonimidad. Los cruces fueron realizados por técnicos de la propia Secretaria de Serveis Penitenciaris, para que los investigadores no pudiéramos identificar a ninguna persona. El proceso estuvo amparado por la firma de un convenio de protección y explotación de datos, autorizado por la comisión ética de la Universidad Pompeu Fabra.

La Tabla 1 ofrece una panorámica de las fuentes – registros de prisiones o de penas alternativas – de donde provienen los datos, para la población de condenados por delitos de violencia en pareja y la muestra aleatoria condenada por cualquier delito en el período de selección.

Tabla 1. Características penales de las muestras y poblaciones de condenados por delitos de violencia en pareja y de otros deltos, y de sus víctimas. Cataluña, 1/1/2010 al 12/31/2014.

Primer delito en el período de selección	Población Violencia en Pareja					Muestra aleatoria								Total	
	Prisión		Pena alternativa		Sub-Total	Prisión			Pena alternativa			Sub-Total			
	f	% Fila	f	% Fila	f	f	% Col.	% Fila	f	% Col.	% Fila	f	% Col.	f	% Col.
Sin información						6	0,4%	100,0%	0		0,0%	6	0,1%	6	0,1%
Violento						539	26,1%	59,9%	100	8,3%	40,1%	639	14,0%	639	5,5%
Robos y otros delitos contra la propiedad						364	20,7%	74,9%	36	3,3%	25,1%	400	8,9%	400	3,5%
Gaunte blanco						235	13,2%	73,8%	17	2,2%	26,2%	252	5,7%	252	2,3%
Tráfico de drogras, crimen organizado y terrorismo						115	6,9%	90,2%	0	0,4%	9,8%	115	2,5%	115	1,0%
Otros						195	28,5%	14,4%	2.699	80,6%	85,6%	2.894	63,8%	2.894	25,1%
Violencia en pareja y doméstica	1.265	18,1%	5.720	81,9%	6.985	26	3,0%	22,4%	166	5,0%	77,6%	192	4,3%	7.177	62,4%
Sexual						20	1,2%	63,0%	5	0,3%	37,0%	25	0,6%	25	0,2%
Total	1.265	18,11%	5.720	81,89%	6.984	1.500		33,2%	3.023		66,8%	4.523		11.508	

Fuente: elaboración propia a partir de los registros del Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya

Empezando por la muestra aleatoria, la tabla indica que hubo un 4,3% de condenados por delitos de violencia en pareja en el período de selección (un 11,8%, si excluimos a los delitos en la categoría de "otros", que incluyen a los delitos contra la seguridad viaria, y que representan un 63,8% del total). A estos condenados los compararemos a menudo con los condenados por otros delitos violentos, que representan un 14,0% del total (un 39,2% si excluimos a "otros delitos"). Para estas comparaciones y en la mayoría de los análisis, emplearemos a la población total de 6.985 condenados por delitos contra la pareja. Un 81,9% de esta población fue condenada a penas no privativas de libertad y el 18,1% restante, a prisión. En las comparativas los datos no estarán

[3] La empresa informática que daba soporte técnico al Departament de Justícia fue la encargada de realizar las extracciones. Lo hizo independientes para las bases de datos de penas alternativas y prisiones utilizando un algoritmo propio para la extracción de muestras aleatorias.

ponderados, pues extrapolaremos las diferencias entre los grupos violentos, no sus características comunes.

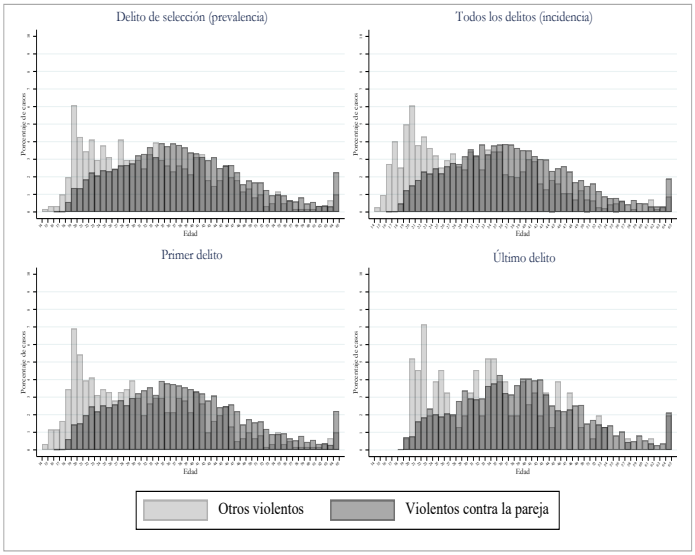
5. Resultados

A continuación, presentamos los resultados principales de cada debate.

5.1 - ¿Son los agresores de violencia en pareja especialistas o generalistas?

El Gráfico 1 presenta la prevalencia[4] por edades de los condenados en el período de selección, y la incidencia[5], también por edades, de los delitos que cometieron de por vida, separadamente para la población de condenados por delitos de violencia contra la pareja (en gris oscuro) y la muestra de condenados por otros delitos violentos (en gris claro). El gráfico también revela las distribuciones de las edades de iniciación y desistimiento[6] en los dos grupos, cuando el primer y último delito eran iguales al de selección.

Gráfico 1. Distribución por edades de los delitos cometidos por los violentos contra sus parejas y otros violentos



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya

Los gráficos por edades difieren claramente para los dos grupos de agresores. Los condenados por agredir a sus parejas se inician más tarde en estos delitos que otros agresores en los suyos, cometen sus agresiones a edades más tardías, y desisten también más tarde. Las curvas de iniciación, prevalencia, incidencia, y desistimiento son mucho más parecidas entre sí entre quienes agreden a sus parejas que entre otros agresores, lo que sugiere que sus carreras como

[4] Frecuencia de condenados con distintas edades al cometer el delito de selección.

[5] Frecuencia de los delitos cometidos con distintas edades durante sus "carreras delictivas" por los condenados por el delito de selección.

[6] La edad de desistimiento es la edad en que el agresor cometió su último delito conocido o le excarcelaron tras cumplir la pena por él, siempre que hubieran transcurrido al menos dos años desde entonces y el 31 de marzo de 2019. Los condenados que aún estaban en prisión en esa fecha tras su último delito, o que salieron de Cataluña o fallecieron tras cometerlo, están excluidos de los análisis.

maltratadores son más cortas[7]. La mayoría de los agresores generalistas comienzan sus andaduras violentas más jóvenes y una buena parte continúan cometiendo actos violentos durante su madurez, alargando sus carreras violentas y retrasando el desistimiento. En definitiva, las "carreras delictivas" de los maltratadores y de otros violentos son diferentes. La Tabla 2 evalúa formalmente si estas diferencias son significativas.

Tabla 2. Diferencias en la edad de los condenados por delitos violentos contra la pareja y otros violentos en distintos momentos de sus carreras delictivas, y en otros indicadores criminológicos

Indicador	Violencia de pareja		Violencia no de pareja		
	Media/%	*d.e.*	*Media/%*	*d.e.*	Prob. †
Edad al cometer el:					
Delito de selección (n=7.067 y 606)	37,56	11,09	32,72	11,00	0,000
Primer delito (n=7.067 y 606)					
Mismo delito que el de selección	37,27	11,06	30,96	11,07	0,000
Delito violento de cualquier tipo	36,76	11,29	30,92	11,09	0,000
Cualquier delito	36,28	11,39	30,31	10,94	0,000
Último delito					
Mismo delito que el de selección (n=2.226 y 151)	38,56	10,71	33,80	10,44	0,000
Cualquier delito (n=4.736 y 272)	38,66	11,2	34,12	10,68	0,000
Todos los delitos (incidencia)					
Mismo delito que el de selección (n=12.626 y 1.868)	37,16	10,70	30,75	11,02	0,000
Delito violento de cualquier tipo (n=16.871 y 1.956)	35,86	10,66	30,90	10,94	0,000
Cualquier delito (n=24.190 y 3.019)	35,27	10,43	30,22	8,70	0,000
Nº de delitos (n=7.067 y 606)					
Iguales al de selección	1,79	1,37	2,98	3,13	0,000
Violentos de cualquier tipo	2,39	2,34	3,09	3,17	0,000
Cualquier delito	3,43	3,92	5,06	5,90	0,000
Nº de Encarcelamientos (n=7.067 y 606)	0,39	1,09	1,12	2,21	0,000
Duración de la carrera delictiva (en años) (n=4.736 y 272) ††	1,64	2,99	3,55	4,56	0,000
Problemas psicológicos					
En informes periciales (n=6.325 y 293) †††	5,6%	23,1%	14,3%	35,1%	0,000
En informes penitenciarios (n=1.930 y 358) ††††	19,5%	39,7%	16,2%	36,9%	0,000

† Probabilidad asociada al valor t de Student para las diferencias entre medias o proporciones

†† La duración de la carrera delictiva se define como la diferencia entre la fecha de comisión del último delito conocido o de la última excarcelación por este delito (siempre que hubieran transcurrido al menos dos años desde entonces y el 31 de marzo de 2018) y la fecha de comisión del primer delito. Se excluyen del cálculo a los condenados que aún estaban en prisión el 31 de marzo de 2018, o que abandonaron Cataluña o fallecieron tras cometer el último delito del que hay registro.

††† Condenados con algún problema psicológico o de salud mental mencionado en los informes periciales solicitados por el juez antes de dictar sentencia por cualquiera de los delitos cometidos durante sus carreras delictivas

†††† Condenados a prisión por el delito de selección con algún rasgo psicológico o de salud mental mencionado en los informes RisCanvi para valorar la peligrosidad y el riesgo dentro y fueral del ámbito penitenciario.

Fuente: elaboración propia a partir de los registros del Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya

Todas las diferencias entre los dos grupos en las edades medias de iniciación delictiva, comisión del delito de selección (prevalencia), comisión de todos los delitos iguales al de selección (incidencia) y desistimiento en la misma categoría delictiva que la de selección, son significativas. [8] También difieren significativamente en el número de delitos iguales al de

[7] Las curvas de los maltratadores son *normales*: la moda, la media y la mediana son parecidas (entre 36 y 38 años). Por contra, las de los otros violentos son asimétricas positivas (las medias son mayores que las medianas y las modas), sobre todo las de las fechas de iniciación.

[8] Y en la mediana.

selección que cometieron durante sus carreras, más alto en el grupo de agresores generalistas que entre los que agreden a sus parejas.[9]

Una razón plausible para estas diferencias es que la edad media de formación de las parejas sea más tardía que aquélla en que los violentos genéricos comienzan sus agresiones. Podría ser que quienes agreden a sus parejas no tuvieran la oportunidad de hacerlo hasta más tarde, cuando establecen una relación afectiva, aunque tuvieran el mismo historial de agresiones a terceros que los generalistas. No conocemos la edad en que los condenados por violentar a sus parejas en el periodo de selección establecieron sus relaciones, ni cuándo se casaron, pero la edad media de matrimonio en Cataluña fue en 2013 de 33,6 y 32,6 años para, respectivamente, hombres y mujeres (INE, 2013), 3-4 años antes que la edad media en que estos condenados cometieron el delito de selección, como puede verse en la Tabla 2. Si los que agreden a sus parejas hubieran agredido a otras personas antes, las diferencias en las distribuciones por edad entre los dos grupos podrían simplemente reflejar la edad más tardía en que los maltratadores formaron sus parejas, no su baja incidencia de agresiones violentas a terceros, que habríamos ocultado al definir sus carreras solo por la comisión de delitos iguales al de selección.

Para aclarar esta cuestión, en la Tabla 2 también reportamos los resultados de otros contrastes en las edades medias de los que cometieron delitos de violencia contra la pareja y otros agresores, ahora definiendo la iniciación y finalización de sus carreras en base a la comisión de cualquier delito violento, fuera o no de violencia en pareja, o de cualquier delito, fuera o no violento. La Tabla 2 también incluye el promedio de delitos violentos y de cualquier tipo en los dos grupos, y el de encarcelamientos por cualquier delito, así como la duración media de las carreras delictivas, definiéndolas como el número de años transcurridos entre el último y el primer delito, violentos o no. Las diferencias siguen siendo significativas y en la misma dirección. Los condenados por delitos contra sus parejas no son, en promedio, agresores generalistas que empezaron agrediendo a otras personas para continuar haciéndolo con sus parejas al formar relaciones estables. No suelen cometer otros delitos violentos, de la misma manera que los que cometen delitos violentos de otro tipo no suelen agredir a sus parejas.[10] Las carreras delictivas de unos y otros son distintas.

Estas diferencias también se materializan en el perfil psicológico del condenado. En la parte baja de la Tabla 2 se presentan las proporciones de condenados en cada grupo en cuyos informes periciales aparece alguna alusión a la presencia de problemas psicológicos durante sus carreras delictivas.[11] El porcentaje es significativamente menor entre los condenados por delitos contra su pareja que entre los otros agresores. Sin embargo, la relación se invierte cuando se considera el porcentaje de encarcelados por el delito de selección que presentaban algún problema psicológico en los informes de valoración del riesgo de conductas problemáticas dentro y fuera de prisión.[12] Parece haber dos grupos de condenados por violencia contra sus parejas: uno mayoritario, con un perfil psicológico poco problemático; y otro minoritario, común entre los

[9] En todos los contrastes empleamos tests *t* de *Student* para diferencias de medias, asumiendo varianzas distintas para los grupos, menos cuando comparamos las distribuciones por edades, en que utilizamos tests de *Kolmogorov-Smirnoff* y el de suma de rangos de *Wilcoxon*.

[10] Las razones entre las medias de delitos iguales al de selección y las de delitos violentos de cualquier tipo son de 0,75 y 0,96 en cada grupo.

[11] Los datos de los informes están codificados textualmente. Se ha agrupado toda anotación que documentara la apertura de pesquisas o la constatación de la existencia de problemas mentales o psicológicos de cualquier índole.

[12] El RisCanvi es un instrumento validado para evaluar el riesgo de violencia y reincidencia que analiza 46 factores (ANDRÉS-PUEYO *et al*., 2018). Aquí se ha considerado que un condenado tenía un problema psicológico o mental si en el informe se constataba la presencia de un problema en los factores 6, 7, 10, 32, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41 o 42.

que están en prisión, más problemático. Los dos difieren del perfil psicológico del condenado por delitos violentos contra otras personas.

Una pista sobre cuáles podrían ser las bases sobre las que descansan las diferencias entre generalistas y especialistas la obtenemos al examinar sus perfiles socioeconómicos. La Tabla 3 muestra los valores medios (variables continuas) o porcentajes de condenados (variables categóricas) en el estado civil, número de hijos, sexo, estatus migratorio, color de piel, nivel educativo y estatus socioeconómico de los dos grupos [13].

Tabla 3. Características socio-demográficas de los condenados por violencia en pareja. Cataluña, 2010 a 2015

Variable	Condenas de prisión				Condenas de prisión y alternativas			
	Violencia de pareja	Violencia no de pareja	Total	prob.†	Violencia de pareja	Violencia no de pareja	Total	prob.†
Sexo								
Hombre	95,99	86,51	94,49	0,000	95,53	89,05	95,00	0,000
Mujer	4,01	13,49	5,51		4,47	10,95	5,00	
Nacionalidad	*n=2019*	*n=378*	*n=2397*					
Extranjero	33,43	51,59	36,30	0,000	28,91	40,69	29,87	
Nativo	66,57	48,41	63,70		58,45	56,49	58,29	0,000
Sin información					12,64	2,82	11,83	
Estado civil	*n=1736*	*n=286*	*n=2022*					
Casado	16,65	20,63	17,21		15,14	18,92	15,77	
Divorciado/separado	25,00	12,93	23,29	0,000	25,86	12,47	23,56	0,000
Soltero	57,09	64,69	58,16		57,91	67,31	59,47	
Viudo	1,27	1,75	1,34		1,19	1,29	1,21	
Número de hijos	*n=1407*	*n=201*	*n=1608*					
Sin hijos	18,55	31,84	20,21					
De 1 a 2 hijos	62,40	49,75	60,82	0,000	No disponible			
Más de 2 hijos	19,05	18,41	18,97					
Color de piel	*n=1710*	*n=270*	*1980,00*					
Blanco	84,33	76,30	83,23	0,001	No disponible			
Otro	15,67	23,70	16,77					
Educación	*n=1625*	*n=268*	*n=1893*					
Obligatoria e inferior	46,15	48,13	46,43					
Secundaria y + no superior	49,23	48,51	49,13	0,595	No disponible			
Superior	4,62	3,36	4,44					
Estatus socio-económico	*n=1486*	*n=233*	*n=1719*					
Media del ISEI	31,48	31,85	31,53	0,354	No disponible			
d.e.	4,82	9,18	5,61					

† para las variables numéricas se realiza una comparación de medias (t-test) y para las cualitativas un test de chi2

Fuente: Elaboraión propia a partir de datos del Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya

Excepto en la educación y en la ocupación, donde las diferencias no son significativas,[14] los dos grupos difieren significativamente en sus características sociodemográficas. Los que cometieron un delito contra a sus parejas tenían menor probabilidad de estar solteros que otros agresores, pero el doble de alta de estar separados o divorciados, y algo más baja de estar casados. Además, es más probable que tuvieran hijos, especialmente 1 o 2, lo que concuerda con su mayor edad a la hora de cometer el delito de selección. Por último, eran aún más desproporcionadamente hombres nacionales y blancos que los generalistas.

[13] Los estadísticos correspondientes al nivel educativo y estatus socio-económico se reportan solo para los condenados a prisión por el delito de selección (no hay datos para el resto). El estatus socio-económico es la puntuación de la ocupación en el índice internacional socio-económico (ISEI) de GANZEBOOM, DE GRAAF y TREIMAN (1992). La puntuación de los casos perdidos fue deducida con técnicas de imputación múltiple.

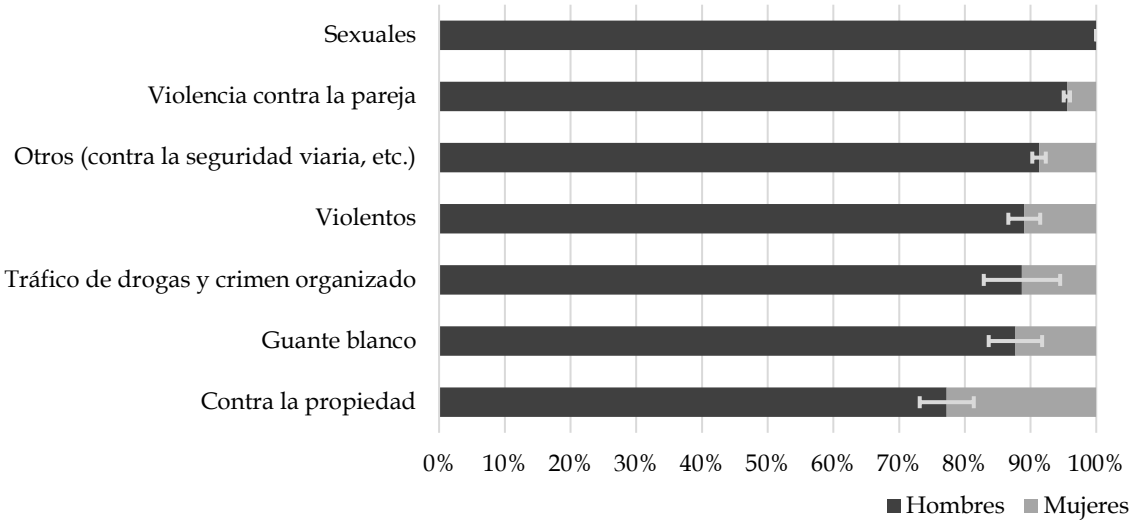
[14] Para las variables continuas y binarias se han realizado tests *t* de *Student* de diferencias entre medias y proporciones; para las categóricas no binarias, tests de la ji-cuadrado de *Pearson*.

En resumen, los condenados por delitos contra sus parejas no son, en promedio, generalistas que las agreden igual que a otras personas. Las fuentes principales de la violencia contra la pareja, al menos de la que se procesa en el sistema penal, hay que buscarlas en las relaciones de pareja, aunque solo sea por el papel que juegan en facilitar las predisposiciones personales hacia la violencia. Como veremos a continuación, el género parece tener una importancia decisiva en su génesis.

5.2 - ¿Es la violencia en pareja un fenómeno bilateral o unilateral?

Analizamos ahora si la violencia en pareja es bilateral (simétrica), tanto de hombre a mujer como de mujer a hombre, o unilateral (asimétrica), principalmente de hombre a mujer. Puesto que los datos provienen de registros de condenados, no es posible evaluar si la fuerte sobrerepresentación de los hombres, documentada antes en la Tabla 3, se debe a que se abstienen desproporcionadamente de denunciar las agresiones que sufren. Sin embargo, conviene recordar que, pese a que las tasas delictivas de hombres y mujeres han ido convergiendo en el tiempo, la delincuencia sigue siendo, principalmente, un fenómeno de hombres (GELSTHORPE Y LARRAURI, 2013; KRUTTSCHNITT, 2013). Sería extraño que la violencia en pareja divergiera de esta pauta general.

Gráfico 2. Distribución de hombres y mujeres en delitos de distinto tipo. Delito de selección. Cataluña 2010-2014



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya

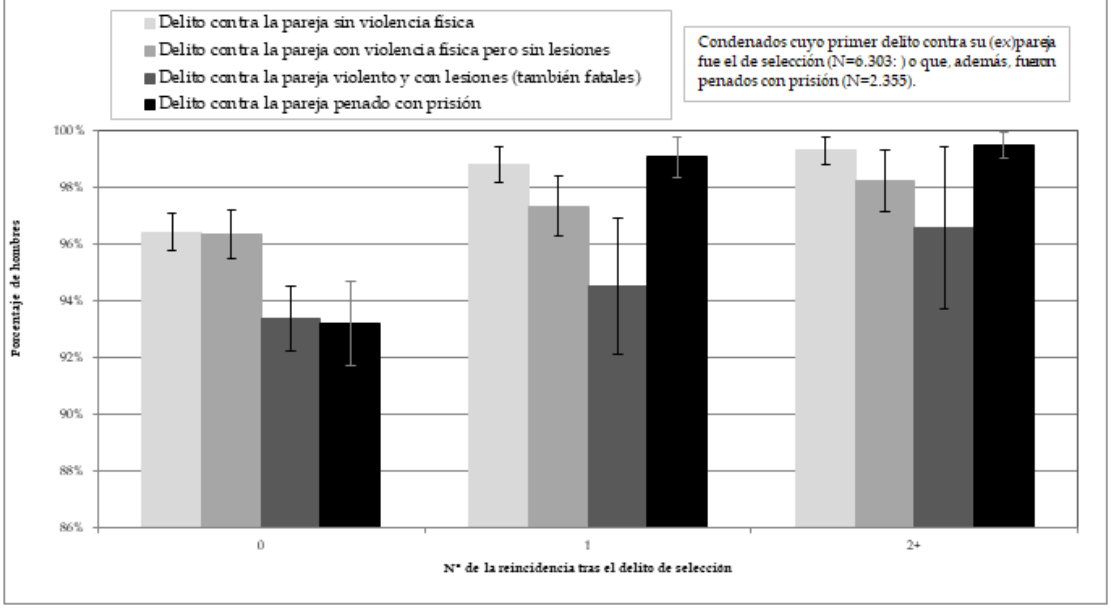
Efectivamente, el Gráfico 2 indica, con datos de la muestra de control de condenados por un delito cualquiera entre 2010 y 2015, que los hombres eran mayoría en todos los delitos. En los delitos contra la pareja, esa desproporción era significativamente mayor que en el total.

Una primera explicación de esta sobrerepresentación es que podría deberse, en parte, a la doble vara usada por los jueces para sentenciar a hombres y mujeres, más severa para ellos, no solo en lo que respecta a la duración de la pena, que desde 2005 la ley española estipula que será superior para delitos menores de violencia doméstica cuando la mujer sea la víctima - véase LARRAURI (2007) para un buen resumen - sino también al tipo penal aplicado.

Para dirimir esta cuestión, en el Gráfico 3 mostramos el porcentaje de hombres que fueron condenados por el delito de selección (reincidencia 0) y posteriormente (reincidencias 1 y 2 o más), en función del tipo más o menos grave del delito contra la pareja por el que fueron

condenados (no violento, violento sin lesiones, o violento con lesiones, también fatales) y de si fueron o no condenados a prisión por él.[15]

Gráfico 3. Porcentajes de hombres entre los reincidentes, dependiendo de la gravedad del delito y de su pena, con intervalos de confianza al 95%



Fuente: elaboración propia a partir de los registros del Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya

Comenzando por el delito de selección, los resultados muestran que los hombres fueron condenados significativamente menos, en términos relativos, por delitos de lesiones contra sus parejas que por delitos violentos sin violencia física o lesiones (por injurias, amenazas, etc.). Esta pauta de delitos más leves ayuda a explicar por qué fueron penados con prisión menos de lo que cabría esperar por su muy alta predisposición a ser condenados por delitos contras sus parejas. Podría argumentarse entonces que las mujeres denuncian más a sus parejas por delitos menores o que los jueces discriminan a los hombres condenándolos más frecuentemente por delitos leves. Sin embargo, también podría defenderse que los jueces discriminan positivamente a los hombres, imponiéndoles tipos y penas más leves que a las mujeres.[16] Como quiera que carecemos de información sobre los números de casos sobreseídos y no denunciados e "invisibles" a la justicia, estas interpretaciones no dejan de ser meras conjeturas que podrían estar sesgadas por efectos de selección.

En cambio, los datos son menos sensibles a estos efectos cuando se comparan las pautas de segundas y sucesivas condenas entre hombres y mujeres. Algunos autores han predicho que, cuando haya discriminación hacia un grupo, se agravará al pasar sus miembros por el circuito penal, por el efecto acumulativo de las prácticas discriminatorias (SMITH, 1997; KILLIAS, 1997). Pero, por la misma lógica, no cabría esperar que lo hiciera si fuera la *misma* institución la que procesara a esas personas en causas distintas. Si una mujer y un hombre fueron condenados en una primera condena, no esperaríamos que el hombre lo fuera y la mujer no en una condena

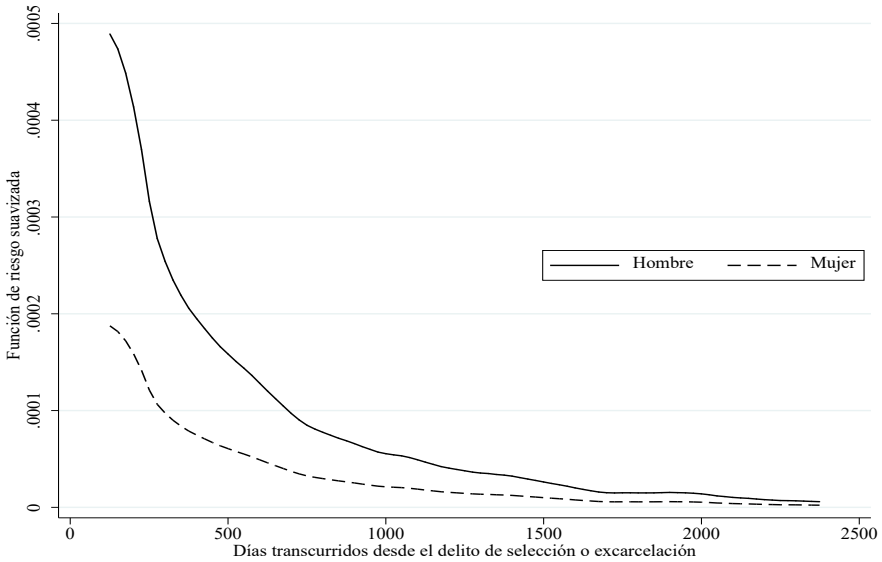
[15] Para evitar que la comparativa de condenas y encarcelaciones entre hombres y mujeres se vea afectada por sus antecedentes penales, en el Gráfico 3 hemos limitado el análisis a los condenados cuyos delitos de selección fueron los primeros contra sus parejas.

[16] Las razones entre las frecuencias de condenas alternativas y de prisión son de 5,8 y 1,1 para, respectivamente, hombres y mujeres en delitos de coacciones, amenazas, injurias o vejaciones, pero solo de 4,0 y 3,1 en todos los delitos.

posterior impuesta por la misma institución. Aplicando una lógica similar a las denuncias, tampoco cabría esperar que un hombre que decidió denunciar a su mujer en primera instancia no lo hiciera en una segunda agresión. Si la violencia de pareja fuera simétrica, la desproporción de hombres no debería aumentar en segundas y posteriores condenas.

El Gráfico 3 muestra que, por el contrario, lo hace significativamente, cualquiera que sea la gravedad del delito cometido. También aumenta la proporción de hombres penados con prisión, por efecto del peso que tiene la condena anterior y el agravamiento de la conducta en la sentencia. Los resultados parecen confirmar la existencia de una asimetría en la violencia de hombres y mujeres contras sus parejas, al menos en relación a sus pautas de reincidencia. Efectivamente, estas pautas son peores en los hombres. El Gráfico 4 muestra que las tasas de riesgo de reincidir tras el delito de selección son significativamente más altas en los hombres que en las mujeres, especialmente al principio del periodo de exposición que se abre tras la sentencia o la excarcelación, si fueron a prisión.[17]

Gráfico 4. Riesgo de reincidir de hombres y mujeres. Delitos contra la pareja, con controles.



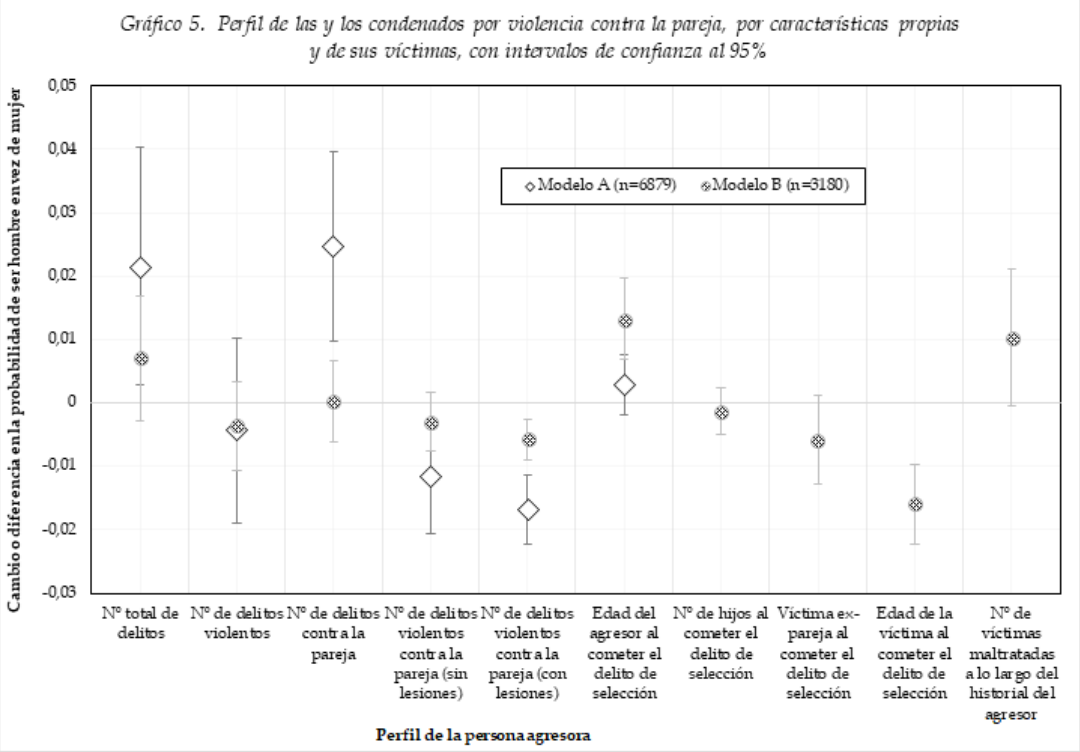
Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya

Estos resultados se complementan con los del Grafico 5, que delinea las diferencias en los perfiles de los hombres y mujeres condenados por delitos contra sus parejas. Los perfiles son relativos: expresan cuánto aumenta (coeficientes por encima de 0) o desciende la probabilidad de ser hombre al considerar distintos factores, en relación a la ya documentada alta probabilidad de que los condenados por el delito de selección sean hombres. Los perfiles provienen de dos modelos.[18]

[17] Los riesgos se estimaron en un modelo no paramétrico de Cox, con el tiempo medido en días (los resultados no cambian si se estima un modelo paramétrico de Weibull). El tiempo de prisión fue eliminado del de exposición. Para la mayoría, éste terminó el último día de observación (31 de marzo de 2019) o de primera reincidencia. Para quienes continuaban en prisión el 31/3/19, fueron trasladados fuera de Cataluña o repatriados a sus países, o murieron tras ser encarcelados, la exposición terminó con el encarcelamiento. Como controles se usaron: la edad, estatus migratorio, y antecedentes delictivos (número de delitos iguales y diferentes al de selección, y de encarcelaciones).

[18] Los modelos corresponden a regresiones logísticas con el género como variable dependiente. El Gráfico 5 muestra los cambios en las probabilidades de ser hombre por un cambio unitario o categórico en las variables independiente, fijando

El modelo A solo considera características de los agresores; el B, también de las víctimas. Puesto que solo hay datos de víctimas a las que se impusieron medidas cautelares, el tamaño de la muestra del modelo B es menor y los datos podrían verse afectados por efectos de selección. Para valorar la magnitud de estos efectos, en este modelo B que contiene las características de las víctimas se incluyen las mismas características de los agresores del modelo A.



Fuente: Elaboración propia a partir de los registros del Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya

Si comparamos las estimaciones de los efectos de estas características que produce cada modelo en la probabilidad de que sea un hombre quien las tenga, vemos que son muy distintas en relación al total de delitos de violencia contra la pareja, al de delitos violentos con o sin lesiones contra la pareja, y a la edad, significativamente mayor, menor y mayor, respectivamente, para los hombres en la muestra de condenados que en la sujeta a medidas cautelares.[19] Esto se explica por la tendencia de los jueces a imponer medidas cautelares a hombres de más edad con historiales menos reincidentes pero más violentos. En esta submuestra, los hombres tienen una mayor probabilidad de tener historiales de maltrato a múltiples parejas y de establecer relaciones con mujeres más jóvenes que ellos.

En definitiva, los resultados muestran que la violencia en pareja que instruyen los jueces es, sobre todo, de hombre a mujer, y que no puede explicarse por una mayor predisposición de la mujer a denunciarla o de los jueces a discriminar al hombre, por lo menos en segundas condenas. Las pautas de agresiones de hombres y mujeres difieren significativamente. El perfil del hombre es de hostigamiento hacia su pareja, con una repetición de delitos menos graves, que en un

las otras variables en sus valores medios. Las variables continuas están estandarizadas y se expresan en unidades de desviación típica.

[19] Como quiera que las diferencias pueden verse afectadas por el impacto del número de variables independientes de cada modelo logístico en la estimación de la varianza, hemos repetido los análisis con regresiones de mínimos cuadrados. Los resultados apenas cambian.

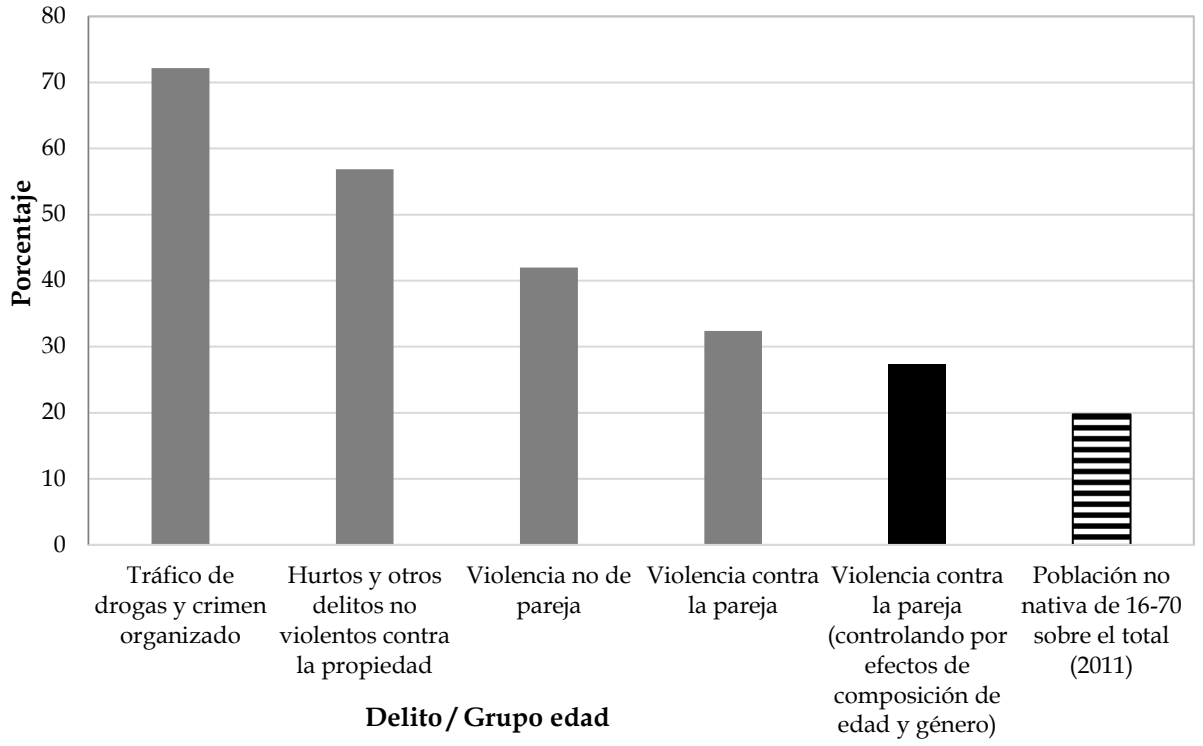
subgrupo más violento y de mayor edad, con historiales de agresión a múltiples víctimas, escala hasta formas más peligrosas que requieren la protección de las víctimas.

5.3 - ¿Es la violencia en pareja un fenómeno asociado con la inmigración?

En este apartado investigaremos, primero, si la violencia en pareja que llega al sistema penal se concentra entre los inmigrantes y si la discriminación podría ser una de sus causas. Después, analizaremos si las mujeres inmigrantes representan un grupo especialmente vulnerable, por la intersección de las desigualdades de género y nacionalidad, y si en las parejas mixtas de nacionales e inmigrantes donde se producen inconsistencias entre el estatus tradicionalmente superior del hombre y el inferior como extranjero, incrementan la probabilidad del maltrato.

El Gráfico 6 muestra el porcentaje de condenados extranjeros entre 16 y 70 años de edad en distintos tipos de delitos de selección. Alcanza su máximo entre los condenados por tráfico de drogas y crimen organizado (72,2%), y su mínimo en violencia contra la pareja (32,4%). En todos, los extranjeros sobrepasan su peso en la población general, que en 2011 era en Cataluña de un 19,8% en la misma franja de edad (INE 2013).

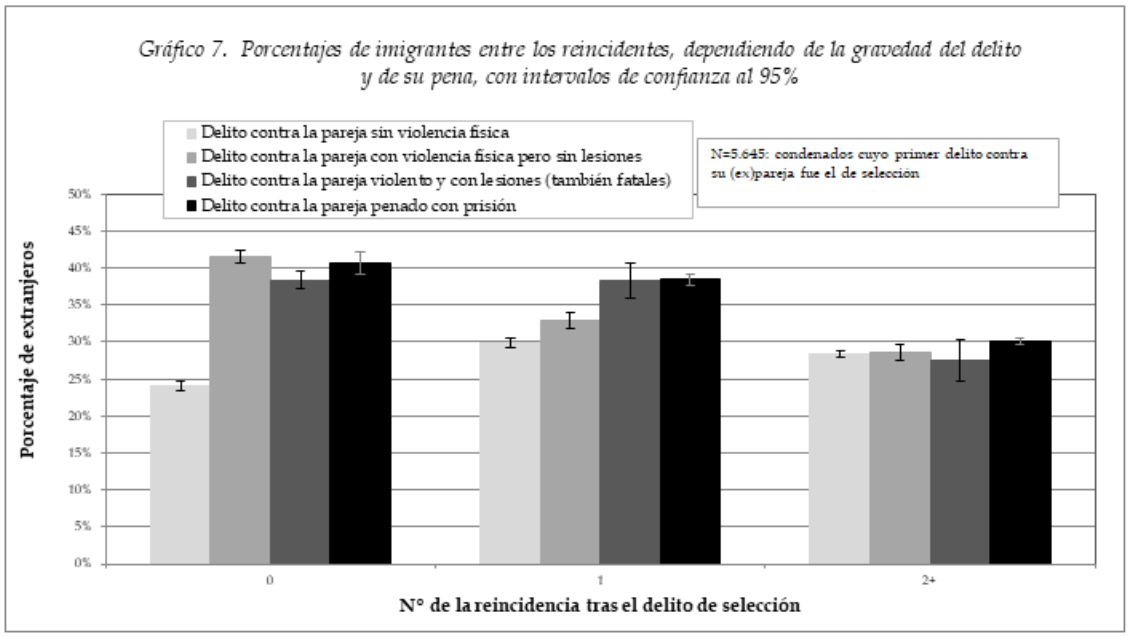
Gráfico 6. Porcentajes de extranjeros entre 16 y 70 años condenados por distintos tipos de delitos (delito de selección) y en la población general. Cataluña, 2010 - 2014



Fuente: Elaboración propia a partir de registros del Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya

Comentamos antes que esta sobrerepresentación de los extranjeros entre los condenados ocurre también en otros países europeos. Alienta las críticas a las políticas permisivas con la inmigración, a las que a menudo se ha respondido aduciendo la dificultad de distinguir entre extranjeros residentes y en tránsito (WAGMAN, 2014). Esta respuesta es menos convincente en

delitos contra la pareja, pues es poco probable que una pareja acompañe a un delincuente extranjero en tránsito por España. Una razón más plausible de la sobrerepresentación de los inmigrantes entre los maltratadores es que sus edades y sexos difieren de los de los españoles. El fenómeno migratorio es reciente en España y los inmigrantes suelen ser hombres jóvenes. En Cataluña, las medias de edad de extranjeros y nacionales entre 14 y 70 años de edad eran en 2011 de 35,7 y 42,6 años, respectivamente (INE 2013). Los porcentajes de hombres en esa franja de edad eran de un 53% y un 50%, respectivamente (INE 2013). La sobrerepresentación de los extranjeros entre los maltratadores podría explicarse parcialmente porque tienen edades medias y porcentajes de hombres más parecidos a los de los condenados. En el Gráfico 6 mostramos cómo el porcentaje de extranjeros condenados por violencia en pareja bajaría hasta el 28,4% si tuvieran la misma distribución de edades y sexos que los nacionales.[20] Casi un 40% de su sobrerepresentación entre los maltratadores se debe a estas características demográficas. Aun así, los extranjeros siguen teniendo un peso entre ellos casi un tercio superior al esperado por su tamaño poblacional.



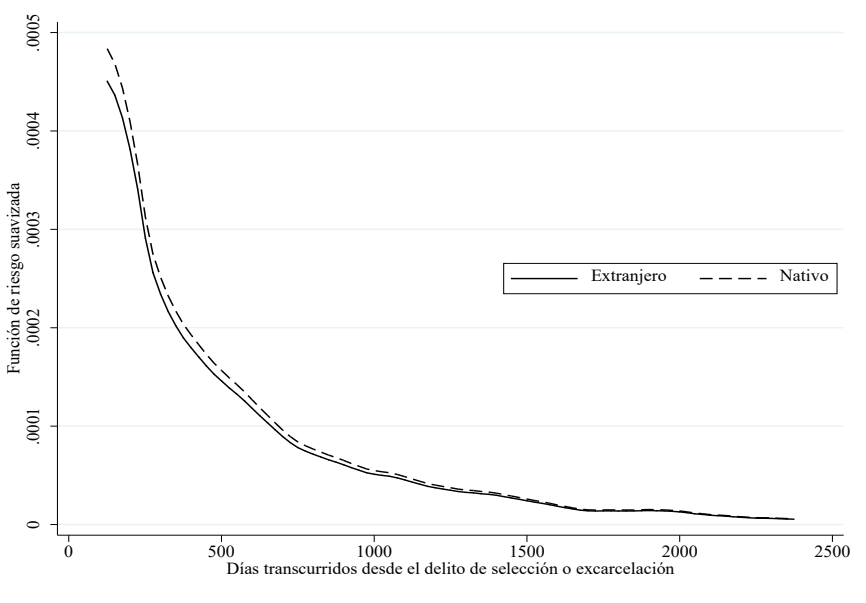
Fuente: Elaboración propia a partir de los registros del Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya

La discriminación también podría explicar la sobrerepresentación de los extranjeros entre los condenados por delitos de violencia en pareja. El Gráfico 7 muestra los resultados de aplicar el mismo test a los extranjeros aplicado antes a los hombres, ahora para evaluar si se los discrimina respecto a los nacionales en las condenas. Recordemos que la hipótesis predecía que, si hubiera discriminación hacia un grupo, ésta y el porcentaje de sus miembros condenados no aumentaría tras la primera condena. Excepto por la subida significativa del porcentaje de extranjeros en la primera reincidencia en relación a los delitos leves, que se revierte en reincidencias sucesivas, los resultados son consistentes con la hipótesis de la discriminación: el porcentaje de extranjeros se reduce significativamente en los delitos violentos sin y con lesiones, así como el porcentaje de extranjeros penados con prisión.

[20] Para obtener este porcentaje, primero calculamos, para cada edad y sexo, la ratio de nacionales a inmigrantes en la población catalana y multiplicamos después estas ratios por las frecuencias de extranjeros condenados en cada grupo de edad y sexo en la cohorte de condenados.

¿Por qué habrían de discriminar los jueces a los inmigrantes? Además de tener prejuicios raciales, los jueces podrían aplicar estereotipos sobre su mayor peligrosidad, basándose en historiales de agresiones graves más que de hostigamiento hacia sus parejas. Efectivamente, el Gráfico 7 muestra que, cualquiera que fuera el orden de la condena, los inmigrantes cometían delitos violentos y sancionados con prisión desproporcionadamente. El Gráfico 8 muestra que los riesgos de reincidir tras el delito de selección eran similares para extranjeros y nacionales.[21]

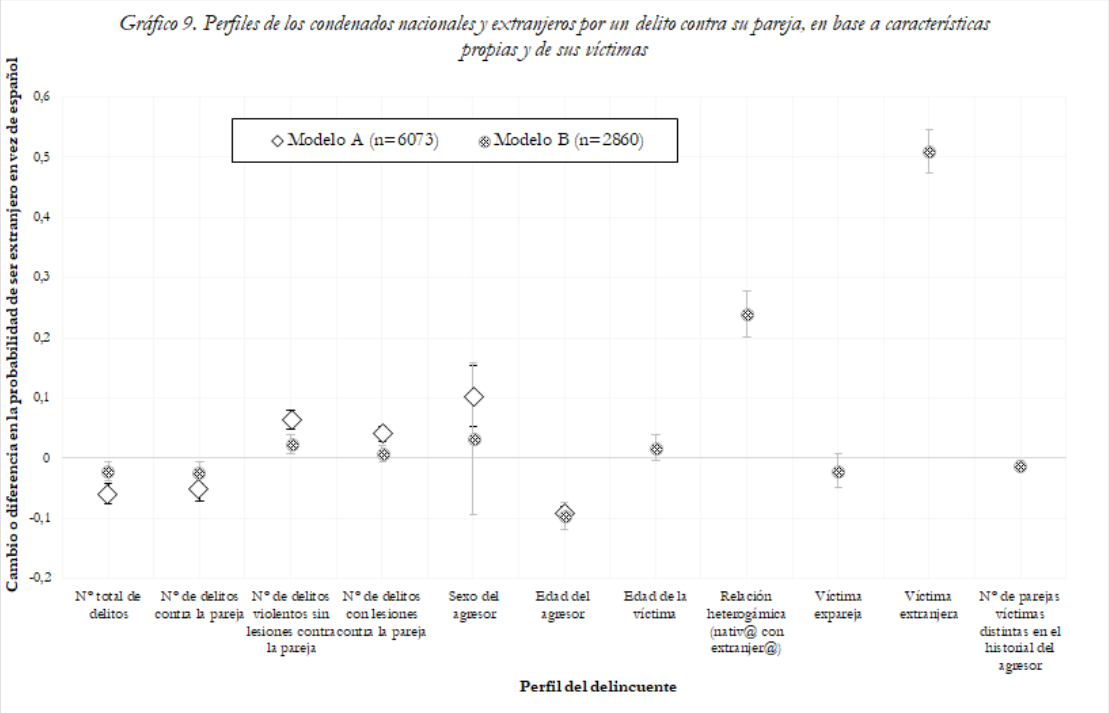
Gráfico 8. Riesgos de reincidencia de extranjeros y nacionales. Delitos contra la pareja, con controles



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya

La severidad de los jueces hacia los inmigrantes parece deberse a la percepción que tienen de su peligrosidad. El Gráfico 9 aclara que esta percepción está influida, no solo por la pauta más grave de agresiones de los inmigrantes, sino por la mayor vulnerabilidad de sus víctimas.

[21] Al calcular los riesgos diarios sobre las personas que aún no habían reincidido, puede obviarse el efecto de las condenas más largas y de las expulsiones y salidas voluntarias del país sobre la infrarepresentación relativa de los extranjeros en condenas posteriores al delito de selección.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Departament de Justícia, Generalitat de Catalunya

El gráfico muestra los perfiles de los maltratadores extranjeros y de sus víctimas, como hicimos antes en el Gráfico 5 para el de los hombres y sus víctimas.[22] Hay diferencias, pequeñas pero significativas, entre el grupo de inmigrantes sujeto a medidas cautelares y el que no lo está, que se traducen en una mayor probabilidad de que los jueces impongan estas medidas a inmigrantes con más delitos, pero menos violentos, contra sus parejas. Esto refuerza la tesis de que los jueces imponen medidas más severas a los inmigrantes en parte porque ven más vulnerables a sus víctimas. El factor que mejor predice que el agresor con medidas cautelares sea inmigrante es la propia condición de inmigrante de la víctima. Si, en línea con investigaciones precedentes, consideramos esta condición como un indicador de vulnerabilidad, (VIVES-CASES *et al.*, 2009) está claro que las medidas cautelares están dirigidas a protegerlas mejor. También lo están a proteger a víctimas nacionales en parejas mixtas donde él es inmigrante[23] (véase la alta probabilidad de que el agresor sea inmigrante en estas parejas en el Gráfico 9), posiblemente porque en estas parejas los jueces observan pautas de agresión más graves.

En resumen, parecería que los jueces son más severos con los agresores extranjeros porque los consideran más violentos y más peligrosos para sus víctimas, por ser éstas más frágiles, dada su condición de inmigrantes con menores recursos, o porque, en el otro extremo, tienen un estatus superior que desencadena respuestas más violentas por parte de la pareja.

6. Conclusiones

[22] Los resultados corresponden a dos regresiones logísticas con el estatus migratorio como variable dependiente. Como cuando predijimos el sexo del agresor, también ahora hemos testado cuán frágiles son los resultados a las variaciones en la estimación de las varianzas de cada modelo con regresiones de mínimos cuadrados, sin que los resultados cambiaran significativamente.

[23] De las 761 parejas mixtas observadas solo en 6 la mujer inmigrante es la agresora.

El objetivo principal de este trabajo ha sido difundir los primeros resultados de un estudio sobre la violencia en pareja en Cataluña, utilizando una nueva base de datos compilada a partir de múltiples archivos de la Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a les Víctimes del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya. Los datos permiten reconstruir con gran detalle los historiales delictivos y de victimización de todos los agresores y de un gran número de víctimas de violencia en pareja entre 2010 y 2015 en Cataluña antes y después de este periodo, y compararlos con los de una muestra de control constituida por otros delincuentes seleccionados por haber sido condenados en el mismo periodo y lugar por otros delitos. Que sepamos, no hay en España unos datos tan completos como estos, lo que ha generado un déficit de estudios empíricos sobre la prevalencia e incidencia de la violencia contra la pareja y sobre los factores que mejor ayudan a explicarla y prevenirla.

Hemos articulado la presentación de los resultados en torno a tres debates que enfrentan a la sociedad y a la academia sobre el grado de generalidad de la violencia contra la pareja, la bilateralidad de las agresiones entre hombres y mujeres, y la sobrerepresentación de los inmigrantes entre los maltratadores. Estas cuestiones conforman los ejes principales de desacuerdo entre el feminismo y sus críticos. De los resultados de nuestro análisis se derivan tres conclusiones principales.

La primera es que los condenados por delitos contra sus parejas no tienen, en promedio, el perfil típico de otros agresores. La mayoría empieza mucho más tarde a delinquir, cuando forman parejas estables, y se especializan en esta forma de violencia, menos asociada a problemas psicológicos que la de los condenados por otros delitos violentos. En este sentido, puede afirmarse que, en general, la mayoría se comporta como 'especialistas'. Aunque de forma menos clara, esta especialización también afecta al subgrupo minoritario que es encarcelado por sus agresiones. Este subgrupo tiene un perfil psicológico problemático, más aún que el de otros agresores violentos, lo que parece indicar que las relaciones de pareja, aun no siendo el único factor explicativo del comportamiento de este grupo, sí pueden fomentar o facilitar la expresión de problemas psicológicos complejos.

La segunda conclusión es que la violencia en pareja que procesa el sistema judicial es, en una enorme mayoría, unidireccional, de hombre a mujer. Esta violencia adopta la forma típica de un hostigamiento continuado hacia la (ex)mujer, que en un grupo minoritario pronto escala a formas más físicas y lesivas de violencia. No hemos encontrado evidencias de que la fuerte sobrerepresentación de los hombres entre los condenados por delitos contra la pareja, al menos en segundas y sucesivas condenas, se deba a su renuncia a denunciar las agresiones de sus mujeres o a que son discriminados por el sistema judicial. Quienes afirman que los hombres denuncian menos que las mujeres o que el sistema judicial los castiga más severamente deberían aportar datos empíricos acerca de cuán grande es la cifra de agresiones no denunciadas o algún estudio judicial que evidencie la discriminación hacia los hombres.

Nuestra última conclusión es que la sobrerepresentación de los inmigrantes entre los condenados por delitos contra su pareja, menor que en los delitos contra la propiedad o en otros delitos violentos, se debe, en parte, a que presentan en mayor medida los perfiles de edad y sexo que incrementan los riesgos de perpetrar estos delitos. Además, nuestros análisis evidencian que los jueces podrían ser más severos con los inmigrantes, entre otros motivos, por la mayor vulnerabilidad de sus víctimas, asociada con los menores recursos propios que caracterizan su condición de inmigrantes, o con una respuesta más violenta del hombre inmigrante cuando se encuentra en inferioridad de estatus respecto a una mujer nacional.

Las tres conclusiones aportadas por nuestros datos, en general, avalan el discurso feminista más sofisticado sobre la importancia del género en la explicación de la violencia en pareja. Sin duda, aún quedan muchas preguntas sin respuesta. Necesitamos nuevos datos que permitan estimar la prevalencia y características de la violencia oculta al sistema judicial y sobre las condiciones socioeconómicas y laborales que envuelven a las familias y empeoran el pronóstico del maltrato. Para conseguirlo, desde la Universidad Pompeu Fabra venimos impulsando un acuerdo interinstitucional que permitirá añadir a los datos aquí utilizados información, debidamente anonimizada y disociada, sobre los historiales médicos y laborales de las mismas cohortes de condenados y víctimas aquí analizadas. Con esta investigación, esperamos haber puesto el primer peldaño para estudiar en profundidad el fenómeno de la violencia en pareja en Cataluña.

7. Bibliografía

César ALONSO-BORREGO, Marcelo NUNO GAROUPA y Pablo VÁZQUEZ (2009), "Inmigración y delincuencia en España, 1999-2007, explicando un comportamiento excepcional.", en Michel BOLDRIN (coord.), Efectos económicos de la inmigración en España. Jornadas sobre inmigración. I Informe FEDEA. Madrid. Marcial Pons, págs. 61 y sigs.

Pedro AMOR, Enrique ECHEBURUA e Ismael LOINAZ (2009), "¿Se puede establecer una clasificación tipológica de los hombres violentos contra su pareja?". International Journal of Clinical and Health Psychology, vol. 9, núm. 3, págs. 519 y sigs.

Kristine L. ANDERSON (2002), "Perpetrator or victim? Relationships between intimate partner violence and well-being". Journal of Marriage and the Family, núm. 64, págs. 851 y sigs. https,//doi.org/10.1111/j.1741-3737.2002.00851.x

Antonio ANDRÉS-PUEYO, Karin ARBACH-LUCIONI Y Santiago REDONDO (2018), "The RisCanvi: a new tool for assessing risk for violence in prison and recidivism." En Jay P. SINGH, Daryl G. KRONER, J. Stephen WORMITH, Sarah L. DESMARAIS, y Zachary HAMILTON (Eds.): Recidivism Risk Assessment: A Handbook for Practitioners, Chichester (RU), Wiley & Sons, Inc., p. 255-268.

John ARCHER (2002), "Sex Differences in Physically Aggressive Acts between Heterosexual Partners, A Meta-Analytic Review." Aggression and Violent Behavior, vol. 7, núm 4, págs. 313 y sigs. https,//doi.org/10.1016/S1359-1789(01)00061-1.

Raquel BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ y Esther FERNÁNDEZ-MOLINA (2020), "Juvenile crime drop, What is happening with youth in Spain and why?". European Jornal of Criminology, vol.17, núm. 3, págs. 306 y sigs. https,//doi.org/10.1177/1477370818792383

Elizabeth BERNSTEIN (2012), "Carceral Politics as Gender Justice? The 'Traffic in Women' and Neoliberal Circuits of Crime, Sex, and Rights." Theory and Society vol. 3, págs. 233 y sigs.

Barbara BIGLIA y Nuria VERGES BOSCH (2016), "Cuestionando la perspectiva de género en la investigación." REIRE. Revista d'Innovació i Recerca En Educació, vol. 9, núm. 2, págs. 12 y sigs.

Raul CAETANO, Carol CUNRADI, Catherine CLARK y John SCHAFER (2000), "Intimate partner violence and drinking patterns among white, black, and Hispanic couples in the US. Journal of Substance Abuse, vol.11, núm. 2, págs. 123 y sigs. https,//doi, 10.1016/s0899-3289(00)00015-8

Deborah M. CAPALDI, Naomi B. KNOBLE, Joann Wu SHORTT y Kim HYOUN (2012), "A Systematic Review of Risk Factors for Intimate Partner Violence." Partner Abuse, vol. 3 , núm. 2, págs. 231 y sigs. https,//doi.org/10.1891/1946-6560.3.2.231.

Deborah M. CAPALDI, Kim HYOUN y Joann Wu SHORTT (2007), "Observed Initiation and Reciprocity of Physical Aggression in Young, at-Risk Couples." Journal of Family Violence vol. 22 , núm. 2, págs. 101 y sigs.

Ann COKER, Keith DAVIS, Ileana ARIAS, Sujata DESAI, Maureen SANDERSON, Paige BRAND, et al., (2002), "Physical and mental health effects of intimate partner violence for men and women". American Journal of Preventive Medicine, núm. 23, págs. 260 y sigs.

Diogo COSTA, Joaquim SOARES, Jutta LINDERT, Eleni HATZIDIMITRIADOU, Sundin ÖRJAN, Olga TOTH, Elli IOANNIDI-KAPOLO y Henrique BARROS (2015), "Intimate Partner Violence, A Study in Men and Women from Six European Countries." International Journal of Public Health, vol. 60 , núm. 4, págs. 467 y sigs.. https,//doi.org/10.1007/s00038-015-0663-1.

Sylvana CÔTÉ, Richard TREMBLAY, Daniel S. NAGIN, Mark ZOCCOLILLO y Frank VITARO (2002), "Childhood behavioral profiles leading to adolescent conduct disorder, Risk trajectories for boys and girls". Journal of American Academic Child Adolescent Psychiatry, núm. 41, págs.1086 y sigs. https,//doi.org/10.1097/00004583-200209000-00009

Kimberle, CRENSHAW (1991), "Mapping the Margins, Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color." Stanford Law Review, núm. 43, págs. 1241 y sigs.

Walter S. DEKESEREDY (2017), "Explaining Campus Violence against Women, Unhealthy Masculinity and Male Peer Support." En: Catherine Kaukinen, Michelle Hughes Miller y Ráchael A. Powers (eds), " Addressing Violence against Women on College Campuses", Philadelphia: Temple University Press, págs. 65 y sigs.

Walter S. DEKESEREDY (2011), "Feminist Contributions to Understanding Woman Abuse, Myths, Controversies, and Realities." Aggression and Violent Behavior, vol. 16 , núm. 4, págs. 297 y sigs. https,//doi.org/10.1016/j.avb.2011.04.002.

Alfred DEMARIS (1987), "The Efficacy of a Spouse Abuse Model in Accounting for Courtship Violence." Journal of Family Issues, vol. 8 , núm. 3, págs. 291 y sigs.

José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, Ana Isabel CEREZO DOMÍNGUEZ y María José BENÍTEZ JIMÉNEZ (2017), La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja (2004-2014). Su efectividad, eficacia y eficiencia. Valencia, Tirant lo Blanch.

Rebecca DOBASH y Russell DOBASH (1979), Violence against Wives, A Case against the Patriarchy. New York, Free Press.

Russell DOBASH y Rebecca DOBASH (2004), "Women's Violence to Men in Intimate Relationships, Working on a Puzzle." British Journal of Criminology, vol. 44 , núm. 3, págs.324 y sigs. https,//doi.org/10.1093/bjc/azh026.

Donald G. DUTTON (2010), "The Gender Paradigm and the Architecture of Antiscience." Partner Abuse, vol. 1 , núm. 1, págs. 5 y sigs. https,//doi.org/10.1891/1946-6560.1.1.5.

Donald G. DUTTON (1988), The domestic assault of women, Psychological and criminal justice perspectives. Boston, Allyn & Bacon.

Donald G. DUTTON y Katherine R. WHITE (2012), "Attachment Insecurity and Intimate Partner Violence." Aggression and Violent Behavior, vol. 17 , núm. 5, págs. 475 y sigs. https,//doi.org/10.1016/j.avb.2012.07.003.

Marcus FELSON (2006), Crime and Nature. California: Sage publications.

Richard B. FELSON y Kelsea Jo LANE (2010), "Does Violence Involving Women and Intimate Partners Have a Special Etiology?" Criminology, vol. 48 , núm.1, págs. 321 y sigs.

Javier FERNÁNDEZ-MONTALVO, José A. ECHAURI, María MARTÍNEZ y Juana AZCÁRATE (2012), "Batterer Men in Prison and in Court-Referred Treatment Programmes, What Is the Difference?" The Spanish Journal of Psychology, vol. 15 , núm. 1, págs. 315 y sigs.

Javier FERNÁNDEZ-MONTALVO, José A. ECHAURI, María MARTÍNEZ y Juana AZCÁRATE (2011), "Violencia de Género e Inmigración, Perfil Diferencial de Hombres Maltratadores Nacionales e Inmigrantes." Behavioral Psychology/Psicología Conductual, vol. 19 , núm. 2, págs. 439 y sigs.

Victoria FERRER-PÉREZ y Esperanza BOSCH-FIOL (2019), "El género en el análisis de la violencia contra las mujeres en la pareja, de la "ceguera" de género a la investigación específica del mismo". Anuario de Psicología Jurídica, núm. 29, págs. 69 y sigs. https,//doi.org/10.5093/apj2019a3.

Harry GANZEBOOM, Paul M. DE GRAAF y Donald TREIMAN (1992), "A standard international socioeconomic index of occupational status". Social Science Research, vol.21 , núm. 1, págs. 1 y sigs.. https,//doi.org/10.1016/0049-089X(92)

Claudia GARCÍA-MORENO, Cathy ZIMMERMAN, Alison MORRIS-GEHRING, Lori HEISE, Avni AMIN, Naeemah ABRAHAMS, Oswaldo MONTOYA, et al., (2015), "Addressing violence against women, a call to action". The Lancet, vol. 385, núm. 9978, págs. 1685 y sigs. https,//doi.org/ 10.1016/S0140-6736(14)61830-4

Richard GELLES (2005), "Through a Sociological Lens, Social Structure and Family Violence." En, Donileen LOSEKE, Richard GELLES y Mary CAVANAUGGH (eds.), Current Controversies on Family Violence. Segunda Edición. Thousands Oaks, Sage Publications, Inc.

Richard GELLES y Murray A. STRAUS (1979), "Determinants of violence in the family, Toward a theoretical integration." En, Wesley BURR, Reuen HILL, Ian NYE e Ira REISS (eds), Contemporary Theories About the Family. New York, Free Press, 1979, págs. 549 y sigs.

Loraine GELSTHORPE y Elena LARRAURI (2013), "Gender and Crime in Europe." En, Sophie BODY-GENDROT, Mike HOUGH, Klara KEREZSI, René LÉVY y Sonja SNACKEN (eds), The Routledge Handbook of European Criminology, Oxon, Routledge, págs. 188 y sigs.

Jayashree GEORGE y Sandra M. STITH (2014), "An Updated Feminist View of Intimate Partner Violence." Family Process, vol. 53 , núm. 2, págs. 179 y sigs. https,//doi.org/10.1111/famp.12073.

John M. GOTTMAN, Neil S. JACOBSON, Regina H. RUSHE, y Joann Wu SHORTT (1995), "The Relationship between Heart Rate Reactivity, Emotionally Aggressive Behavior, and General Violence in Batterers." Journal of Family Psychology, vol. 9 , núm. 3 págs. 227 y sigs.

Enrique GRACIA, Juan HERRERO, Marisol LILA y Asur FUENTE (2009), Perceived neighborhood social disorder and attitudes toward domestic violence against women among Latin-American immigrants. European Journal of Psychology Applied to Legal Context, vol. 1, núm. 1, págs. 25 y sigs.

Nicola GRAHAM-KEVAN (2017), "The Gendered Perspective of Domestic (Intimate Partner) Violence, A Review of the Evidence." Euromind, EU Parliment.

Nicola GRAHAM-KEVAN y John ARCHER (2005), "Investigating Three Explanations of Women's Relationship Aggression." Psychology of Women Quarterly, vol. 29 , núm. 3, págs. 270 y sigs.

Robert L. HAMPTOM y Richard J. GELLES (1994), "Violence toward Black Women in a Nationally Representative Sample of Black Families." Journal of Comparative Family Studies, vol. 25 , núm. 1, págs. 105 y sigs.

Melanie S. HARNED (2001), "Abused Women or Abused Men? An Examination of the Context and Outcomes of Dating Violence." Violence and Victims, vol. 16 , núm. 3, págs. 269 y sigs

Juan HERRERO, Andrea TORRES, Asunción FERNÁNDEZ-SUÁREZ y Francisco RODRÍGUEZ-DÍAZ (2016), Generalists versus specialists, Toward a typology of batterers in prison. The European Journal of Psychology Applied to Legal Context, vol. 8, núm. 1, págs. 19 y sigs.

Amy HOLTZWORTH-MUNROE y Gregory L. STUART (1994), "typologies of male batterers, three subtypes and the Differences among Them." Psychological Bulletin, vol. 116 , núm. 3, págs. 476 y sigs.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2013), Censo de Población y Vivienda 2011. Sistema de consulta en línea. https,//www.ine.es/censos2011/tablas/Inicio.do, último acceso 1 de marzo de 2020

Redha IYENGAR, (2009), "Does the certainty of arrest reduce domestic violence? Evidence from mandatory and recommended arrest laws". Journal of Public Economics, vol. 93, págs. 1 y sigs

Michael P. JOHNSON, (1995), "Patriarchal Terrorism and Common Couple Violence, Two Forms of Violence against Women." Journal of Marriage and the Family, vol. 7, núm. 2, págs. 283 y sigs.

Wendi L. JOHNSON, Peggy C. GIORDANO, Wendy D. MANNING, Monica A. LONGMORE, (2015), The age–IPV curve: Changes in the perpetration of intimate partner violence during adolescence and young adulthood. Journal of Youth and Adolescence, vol. 44, no 3, p. 708-726.

Joel JUARROS, Juan HERRERO, Asunción FERNÁNDEZ-SUÁREZ, Beatriz PÉREZ, Francisco RODRÍGUEZ-DÍAZ, (2018), Are generalist batterers different from generally extra-family violent men? A study among imprisoned male violent offenders. The European Journal of Psychology Applied to Legal Context, vol. 10, núm. 1, págs. 8 y sigs.

Josine JUNGER-TAS, (2012), "Delinquent Behaviour in 30 Countries." En: Josine JUNGER-TAS, Ineke HAEN MARSHALL, Dirk ENZMANN, Martin KILLIAS, Majone STEKETEE, Beata GRUSZCZYNSKA, "The Many Faces of Youth Crime, New York: Springer, págs. 69 y sigs.

Martin KILLIAS (1997). "Immigrants, Crime, and Criminal Justice in Switzerland." Crime and Justice 21, págs. 375 y sigs.

——— (2011), "Immigration and Crime, The European Experience." EU-US Immigration Systems, núm. 19, págs. 1 y sigs. http,//cadmus.eui.eu/handle/1814/18960.

Mimi E. KIM, (2018), "From Carceral Feminism to Transformative Justice, Women-of-Color Feminism and Alternatives to Incarceration." Journal of Ethnic and Cultural Diversity in Social Work, vol. 27 , núm. 3, págs. 219 y sigs. https,//doi.org/10.1080/15313204.2018.1474827.

Ligia KISS, Lilia Blima SCHRAIBER, Mazeda HOSSAIN, Charlote WATTS y Cathy ZIMMERMAN (2015), "The link between community-based violence and intimate partner violence, The effect of crime and male aggression on intimate partner violence against women". Prevention Science, vol. 16, núm. 6, págs. 881 y sigs.

Candace KRUTTSCHNITT (2013), "Gender and Crime." Annual Review of Sociology, vol. 39 , núm. 1, págs. 291 y sigs. https,//doi.org/10.1146/annurev-soc-071312-145605.

Jennifer LANGHINRICHSEN-ROHLING, Adrianne MCCULLARS y Tiffany A. MISRA (2012), "Motivations for Men and Women's Intimate Partner Violence Perpetration, A Comprehensive Review." Partner Abuse, vol. 3 , núm. 4, págs. 429 y sigs.

Jennifer LANGHINRICHSEN-ROHLING, Tiffany A. MISRA, Candice SELWYN y Martin L. ROHLING (2012b), "Rates of Bidirectional versus Unidirectional Intimate Partner Violence across Samples, Sexual Orientations, and Race/Ethnicities, A Comprehensive Review." Partner Abuse, vol. 3 , núm. 2, págs. 199 y sigs.

Elena LARRAURI (2007), Criminología Crítica y Violencia de Género. Madrid, Trotta.

Ismael LOINAZ, (2014). "Mujeres delincuentes violentas." Psychosocial Intervention, 23(3), 187-198.

Maria-Asuncion MARTÍNEZ-ROMÁN, Carmen VIVES-CASES y Carmen PÉREZ-BELDA (2017), "Immigrant Women Suffering from IPV in Spain, The Perspectives of Experienced Social Workers." Affilia, vol. 32 , núm. 2, págs. 202 y sigs.

Juanjo MEDINA-ARIZA (2006), "Politics of Crime in Spain, 1978-2004." Punishment and Society, vol. 8 ,2, págs. 183 y sigs. https,//doi.org/10.1177/1462474506062103.

Cecilia MENJÍVAR y Olivia SALCIDO (2002), "Immigrant Women and Domestic Violence - Common Experiences in Different Countries." Gender and Society, vol. 16 , núm. 6, págs. 898 y sigs. https,//doi.org/10.1177/089124302237894.

Terrie E. MOFFITT, Richard ROBINS y Avshalom CASPI (2001), "A couples analysis of partner abuse with implications for abuse-prevention policy". Criminology & Public Policy, vol. 1, núm. 1, págs. 5 y sigs.

Barbara J. MORSE (1995), "Beyond the Conflict Tactics Scale, Assessing Gender Differences in Partner Violence." Violence and Victims, vol. 10 , núm. 4, págs. 251 y sigs.

Susan ORAM, Kylee TREVILLION, Hind KHALIFEH, Feder FEDER, y Louse M. HOWARD, (2013), "Systematic Review and Meta-Analysis of Psychiatric Disorder and the Perpetration of Partner Violence." Epidemiology and Psychiatric Sciences, vol. 23 , núm. 4, págs. 361 y sigs. https,//doi.org/10.1017/S2045796013000450.

Noemí PEREDA y Josep Maria TAMARIT (2013). Victimología teórica y aplicada. Barcelona, España: Huygens.

——— (2019), "¿Ciegos ante la perspectiva de género o ciegos ante la evidencia empírica sobre la violencia en las relaciones de pareja? Comentario a Ferrer-Pérez y Bosch-Fiol", Anuario de Psicología Jurídica, vol. 29, p. 85-87.

Zorangelí RAMOS, Lisa R. FORTUNA, Michelle V. PORCHE, Ye WANG, Patrick E. SHROUT, Stephen LODER, et al., (2017), "Posttraumatic stress symptoms and their relationship to drug and alcohol use in an international sample of Latino immigrants". Journal of Immigrant and Minority Health, vol. 19, núm. 3, págs. 552 y sigs.

Anita RAJ y Jay SILVERMAN (2002), "Violence Against Immigrant Women." Violence Against Women, vol. 8 , núm. 3, págs. 367 y sigs. https,//doi.org/10.1177/10778010222183107.

Jorge RODRÍGUEZ-MENÉS y Ana SAFRANOFF (2012), "Violence against Women in Intimate Relations, A Contrast of Five Theories." European Journal of Criminology, vol. 9 , núm. 6, págs. 584 y sigs.

——— (2020), "Status Inconsistencies and Power in Intimate Relations: Domestic Exploitation and Violence Against Women in Homogenous and Mixed Couples Formed by Native and Migrant Partners." Violence Against Women. https://doi.org/10.1177/1077801220963877.

Pilar RODRÍGUEZ MARTÍNEZ y Huzefa KHALIL (2017), "Changing Values, Attitudes about Intimate Partner Violence in Immigrants and Natives in Five Western Countries", Deviant Behavior, vol. 38, núm. 3, pags. 241 y sigs, doi: 10.1080/01639625.2016.1196980

Maja SAGER y Diana MULINARI (2018), "Safety for Whom? Exploring Femonationalism and Care-Racism in Sweden." Women's Studies International Forum, núm. 68, págs. 149 y sigs. https,//doi.org/10.1016/j.wsif.2017.12.002.

Caroletta SHULER (2010), "Male victims of intimate partner violence, An examination of the review of literature through the critical theoretical perspective." International Journal of Criminal Justice Sciences, vol. 5,1, págs. 163 y sigs.

Catherine A. SIMMONS, Peter LEHMANN, Norman COBB y Carol R. FOWLER (2005), "Personality Profiles of Women and Men Arrested for Domestic Violence, An Analysis of Similarities and Differences." Journal of Offender Rehabilitation, vol. 41 , núm. 4, págs. 63 y sigs.

David J. SMITH (1997), "Ethnic Origins, Crime, y Criminal Justice in England and Wales". Crime and Justice, núm. 21, págs. 101 y sigs.

Chelsea M. SPENCER y Sandra M. STITH (2020), "Risk Factors for Male Perpetration and Female Victimization of Intimate Partner Homicide: A Meta-Analysis." Trauma, Violence and Abuse, vol. 21, núm. 3, https//doi.org/10.1177/1524838018781101.

Chelsea M. SPENCER, Sandra M. STITH y Bryan CAFFERKY (2019), "Risk Markers for Physical Intimate Partner Violence Victimization, A Meta-Analysis." Aggression and Violent Behavior, núm. 44, págs. 8 y sigs. https,//doi.org/10.1016/j.avb.2018.10.009.

Heidi STÖCKL, Karen DEVRIES, Alexandra ROTSTEIN, Naeemah ABRAHAMS, Jacquelyn CAMPBELL, Charlotte WATTS y Claudia GARCÍA-MORENO (2013), "The Global Prevalence of Intimate Partner Homicide, A Systematic Review." The Lancet, vol. 382, núm. 9895, págs. 859 y sigs. https,//doi.org/10.1016/S0140-6736(13)61030-2.

Marc T. SWOGGER, Zach WALSH y David S. KOSSON (2007), "Domestic Violence and Psychopathic Traits, Distinguishing the Antisocial Batterer from Other Antisocial Offenders." Aggressive Behavior, Official Journal of the International Society for Research on Aggression, vol. 33 , núm. 3, págs. 253 y sigs. https,//doi.org/10.1002/ab.20185

Richard TREMBLAY, Daniel S. NAGIN, Jean R. SÉGUIN, Mark ZOCCOLILLO, Philip ZELAZO, Michel BOIVIN, et al. (2004), "Physical aggression during early childhood, Trajectories and predictors". Pediatrics, núm. 114, págs. 43 y sigs. doi, 10.1542/peds.114.1.e43

Kristin VANDERENDE, Kathryn M. YOUNT, Michelle DYNES y Lynn SIBLEY (2012), Community-level correlates of intimate partner violence against women globally, A systematic review. Social Science & Medicine, núm. 75, págs. 1143 y sigs. https,//doi.org/10.1016/j.socscimed.2012.05.027

Michael G. VAUGHN, Christopher P. SALAS-WRIGHT, Shannon COOPER-SADLO, Brandy R. MAYNARD y Matthew LARSON (2015), "Are Immigrants More Likely Than Native-Born Americans to Perpetrate Intimate Partner Violence?" Journal of Interpersonal Violence, vol. 30, núm.11, págs. 1888 y sigs. https,//doi.org/10.1177/0886260514549053.

Carmen VIVES-CASES , Diana GIL-GONZÁLEZ, Juncal PLAZAOLA-CASTAÑO, María Isabel MONTERO-PIÑAR, Isabel RUIZ-PÉREZ, Vicenta ESCRIBÀ-AGÜIR, Gaby ORTIZ-BARREDA, y Jordi TORRUBIANO-DOMÍNGUEZ (2009), "Violencia de género en mujeres inmigrantes y españolas: magnitud, respuestas ante el problema y políticas existentes." Gaceta Sanitaria 23: 100-106.

Daniel WAGMAN (2014), "Estadística, delito e inmigrantes". Boletín CF+ S, , no 21.

Madeline E. WHITE y Lata SATYEN (2015), "Cross-Cultural Differences in Intimate Partner Violence and Depression, A Systematic Review." Aggression and Violent Behavior, núm. 24, págs. 120 y sigs. https,//doi.org/10.1016/j.avb.2015.05.005.

Kevin A. WRIGHT y Nancy RODRÍGUEZ, (2014), "A Closer Look at the Paradox, Examining Immigration and Youth Reoffending in Arizona." Justice Quarterly, vol. 31 , núm. 5, págs. 882 y sigs. https,//doi.org/10.1080/07418825.2012.700057.

Kersti YLLÖ, (1988), " Political and methodological debates in wife abuse research." En K. YLLÖ, & M. BOGRAD , (Eds.): Feminist perspectives on wife abuse (p. 28–50). Sage Publications.

Marjorie S. ZATZ y Hilary SMITH (2012), "Immigration, Crime, and Victimization, Rhetoric and Reality." Annual Review of Law and Social Science, vol. 8 , núm. 1, págs.141 y sigs. https,//doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-102811-173923.

InDret
2.2021

Explorando los límites de la disuasión

Un meta-análisis doble sobre la influencia del castigo en el cumplimiento de las normas de propiedad intelectual en Internet

Javier Castro Toledo
CRIMINA (Universidad de Elche)
-

Sumario

-

En la actualidad, el interés por desarrollar un modelo eficaz de protección de la propiedad intelectual está tomando como punto de partida la crítica a los enfoques preventivos tradicionales, basados principalmente en el modelo de la disuasión, desde la identificación de otros factores más relevantes en la explicación del cumplimiento de la propiedad intelectual. Por ello, el presente estudio desarrolla, a partir de la revisión sistemática de Pérez Domingo, Castro-Toledo y Miró Llinares (2019), dos meta-análisis de la literatura científica de la última década con el propósito de analizar la relación entre el modelo de la disuasión y el cumplimiento normativo de la propiedad intelectual. Si bien es cierto que la revisión sistemática identificó 13 estudios, los meta-análisis que se calculan se centran en 5 de los 13 estudios que analizan específicamente la relación entre el cumplimiento y las variables de la severidad y certeza percibida desde una perspectiva correlacional. Los modelos de efectos aleatorios aplicados muestran una alta heterogeneidad (I^2=98%) entre los diferentes estudios y efectos generales negativos de magnitud insignificante entre ambos conjuntos variables y el cumplimiento de la propiedad intelectual. Discutimos el alcance de estos resultados desde la consideración de otros enfoques empíricos explicativos del cumplimiento normativo de propiedad intelectual.

Abstract

-

The interest in developing an effective model of intellectual property protection is currently taking as a starting point the criticism of traditional preventive approaches, based mainly on the model of deterrence, from the identification of other factors more relevant in explaining intellectual property compliance. Therefore, the present study carries out, based on the systematic review conducted by Perez Domingo, Castro-Toledo and Miró Llinares (2019), a meta-analysis of the scientific literature of the last decade in order to analyse the relationship between the deterrence model and the compliance with intellectual property standards. Though the systematic review identified 13 studies, the meta-analysis focuses on 5 of the 13 studies that specifically analyse the relationship between compliance and the variables of perceived severity and certainty within an empirical perspective. The applied random effects models show a high heterogeneity (I^2=98%) among the different studies and overall negative effects of marginal magnitude between both variable sets and intellectual property compliance. We discuss the scope of these results from the consideration of other empirical explanatory approaches to IP compliance.

Title: *The limits of deterrence: A meta-analysis on the influence of punishment on the compliance with intellectual property laws.*

-

Palabras clave: Propiedad intelectual, Cumplimiento normativo, Disuasión; Meta-análisis.
Keywords: *Intellectual Property, Normative compliance, Deterrence, Meta-analysis*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i2.08

-

InDret

2.2021

Recepción
06/12/2020
-
Aceptación
05/03/2021
-

Índice

-

1. Marco teórico
1.1. La protección (¿a ciegas?) de la propiedad intelectual
1.2. La aparente crisis del modelo de la disuasión en la explicación del cumplimiento normativo
2. Objetivos e hipótesis
3. Métodos y materiales
3.1. Procedimiento y muestra
3.2. Análisis e interpretación de los datos
4. Resultados
4.1. Meta-análisis sobre la influencia de la severidad percibida del castigo en el cumplimiento normativo
4.2. Meta-análisis sobre la influencia de la certeza del castigo en el cumplimiento normativo
5. Discusión y conclusiones
6. Bibliografía
Anexo. Modelo de efectos fijos

-

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

-

1. Marco teórico*

1.1. La protección (¿a ciegas?) de la propiedad intelectual

En la actualidad, el interés por el debate sobre las infracciones de los derechos de propiedad intelectual parece haberse desplazado casi por completo hacia la protección de las obras de ingenio frente aquellas conductas que utilizan las TIC e Internet, el ciberespacio en definitiva, como un catalizador de comportamientos capaces de lesionar o de poner en riesgo los diferentes intereses de los autores (CASTRO-TOLEDO, 2019; GÓMEZ-BELLVÍS, 2019; RANDO CASERMEIRO, 2019; ROBERTSON, 2012). Se han citado como paradigmas de esta modalidad de infracciones, pero no sólo, la creación de comunidades *Peer-to-Peer* (P2P) o las webs de enlaces desde las que acceder sin autorización a contenido protegido y protegible (ALTSCHULLER y BENBUNAN-FICH, 2009; DEPOORTER, B., GOPAL ET AL., 2004; VAN HIEL, A., y VANNESTE, S., 2012). Este hecho, sumado a la exponencial digitalización de un número cada vez mayor de obras, convierte la estructura del ciberespacio en un elemento decisivo en la configuración tanto del ejercicio de estos derechos como del diseño, desarrollo e implementación de estrategias eficaces de prevención (ESPIGARES HUETE, 2019). En este sentido, los datos disponibles sobre la prevalencia de la infracción de la propiedad intelectual no hacen más que subrayar la gravedad y la urgencia de la situación actual, revelando un fenómeno de alcance generalizado que requiere de una respuesta inmediata por parte de las autoridades. Precisamente, en el último informe del *Observatorio de la piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales* se explica que en 2019 hubo en España 5.187 millones de accesos ilegales a contenidos por un valor de 30.904 millones de euros, con un perjuicio al sector de 2.437 millones, entre otras conclusiones de relevancia[1].

Más aún, la IIPA (*International Intellectual Property Alliance*) destaca que España no dispone de instrumentos jurídicos civiles, administrativos o penales adecuados para la protección tanto de los intereses individuales (interés moral del autor e interés patrimonial) como los colectivos (interés en aumentar la producción cultural y el acceso a ella) de acuerdo con la prevalencia tan

* Para contactar con el autor: fcastro@umh.es. Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto "¿Quién copia, quién descarga y por qué? Prevalencia y diferencias de género en las intuiciones de justicia y el cumplimiento de la propiedad intelectual" (Ref. AICO/2019/309), financiado por la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte de la Generalitat Valenciana en el marco "Subvenciones para grupos de investigación consolidables".

[1] Otras de las conclusiones a las que llega el informe son las siguientes: un escenario de no piratería crearía casi 120.000 empleos directos e indirectos; el impacto en 2019 para las arcas públicas habría sido de 673 millones de euros, y de casi 4.660 millones a partir de 2012; 8 de cada 10 consumidores consideran que la medida más eficaz contra la piratería es que se bloquee el acceso a los sitios web con contenido ilegal; más del 90% de los portales con contenido ilegal tienen publicidad y más de dos tercios de los consumidores tuvo que registrarse dando datos personales; Aumento significativo de las redes sociales y equipos (IPTv, Cardsharing…) como medio de acceso a contenidos ilegales; 4 de cada 10 consumidores no saben distinguir entre sitios web legales e ilegales; el 11% de los usuarios de Internet que accedieron a portales con contenido ilegal en el encierro lo hicieron por primera vez; o que el confinamiento ha reactivado la oferta de contenidos ilegales, más usuarios, más portales, más accesos mientras que la nueva normalidad registra mínimos históricos. Ciertamente, estos resultados hay que leerlos con cautela, ya que no siempre se aporta una descripción metodológica detallada sobre cómo se han obtenido algunas de las estimaciones que incluye. Para una descripción tanto de los resultados como de la metodología utilizada, véase el siguiente enlace: https://www.cedro.org/docs/default-source/0noticiasym%C3%A1s/observatorio_pirater%C3%ADa_2019.pdf

elevada de este tipo de prácticas (IIPA, 2016)[2]. Debemos citar como paradigma la Ley de Propiedad Intelectual (RD 1/1996, de 12 de abril), la cual ha sido modificada hasta en quince ocasiones desde 1996 con el propósito, descrito en su Exposición de motivos, de adaptarse a "los cambios sociales, económicos y tecnológicos que han tenido lugar a lo largo de los últimos años". En una línea similar, la estrategia seguida por el legislador penal en las tres últimas reformas más significativas (2003, 2010 y 2015) ha sido la de aumentar el ámbito de criminalización de conductas, así como la severidad de las penas. Sobre esto, y hasta fechas recientes, las descargas de los usuarios particulares no han sido objeto de acciones judiciales, ya que esta posibilidad se reservaba para los casos en que se sospechaba la comisión de un delito grave. Sin embargo, con la reforma del artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a las diligencias preliminares, operada por la Ley 21/2014, se permite a los titulares de derechos de propiedad intelectual la posibilidad de solicitar a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la identificación de sus usuarios. Esta reforma legislativa parece delimitar una nueva estrategia en la lucha contra las descargas ilegales consistente en una reclamación extrajudicial y judicial directa a los usuarios que descarguen ilegalmente obras protegidas, solicitando la declaración de infracción y la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados. Habría que mencionar, además, que esta práctica se ha iniciado en los tribunales del País Vasco, y todo parece apuntar a que se acabará extendiendo a otras sedes judiciales en el futuro[3].

Aciertan WINGROVE, KORPAS y WEISZ (2011) o GOODENOUGHT y DECKER (2008) al preguntarse el porqué, a pesar de estos conatos legislativos, en conjunción con determinadas campañas de "cultura en positivo" realizadas por los propios poderes públicos para concienciar a la población de la importancia de no infringir estos derechos, millones de usuarios eligen la infracción de la normativa reguladora de la propiedad intelectual en el ciberespacio[4]. Consideramos, pues, que el escenario señalado es sintomático de una situación que merece especial atención, si consideramos la importancia que adquiere la propiedad intelectual para el desarrollo social y cultural de una comunidad (MIRÓ LLINARES, 2003; 2005; 2007), y de ahí, en consecuencia, la

[2] En el resumen ejecutivo de su último informe sobre nuestro país se afirma que, si el éxito de España en la lucha contra la piratería se midiera únicamente por la reforma legislativa integral que ha emprendido, no hay duda de que las reformas de 2014 y 2015 ponen a España en el mapa de los países que han introducido medidas de la ley para abordar el fenómeno en línea. Sin embargo, el éxito de España medido por cualquier cambio legislativo concreto sobre los importantes niveles de piratería en el país son todavía apenas perceptibles. Un estudio de 2015 muestra que, de todo el contenido digital que los 35 millones de usuarios de Internet de España consumieron en el año anterior, el 88% de los cuales lo infringieron. La demanda de contenido creativo es tan importante que, de no existir unos niveles tan masivos de piratería, la economía de España generaría más de 29.000 nuevos puestos de trabajo, y el Gobierno español realizaría 627 millones de euros adicionales (687 millones de dólares) en los impuestos anuales sobre las ventas y los ingresos. La situación es un duro recordatorio de que para que el estado de derecho se afiance, particularmente en el espacio en línea, los órganos de aplicación administrativa y judicial deben estar dotados de los recursos y la capacitación necesarios para aplicar la ley de manera eficaz con el fin de obtener resultados concretos. No obstante, y si bien apelábamos a la prudencia en la interpretación de los datos incluidos en el informe del *Observatorio de la piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales* antes citado, en esta ocasión la información empírica aportada presenta una total descontextualización metodológica, por lo que resulta enormemente complejo validar los resultados incluidos. Véanse todos los detalles del informe en el siguiente enlace: https://www.iipa.org/files/uploads/2017/12/2016SPEC301SPAIN.pdf

[3] Así, las sentencias del Juzgado de lo Mercantil no1 de Bilbao de 5 de enero de 2018 y del Juzgado de Primera Instancia nº7 de Vitoria de 10 de mayo de 2018, han condenado a los titulares de las IP que descargaron de forma ilícita una obra cinematográfica al abono de 150 euros más los intereses legales.

[4] Véase al respecto la página web del Ministerio de Cultura y Deporte: https://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/propiedadintelectual/lucha-contra-la-pirateria.html

relevancia de abordar de un modo apropiado la cuestión relativa a los factores que subyacen al fenómeno del (in)cumplimiento de las normas de propiedad intelectual y cómo podemos integrarlos en propuestas político-criminales racionales y en sinergia con el sistema de principios, valores y garantías de un Estado democrático y social de derecho como el nuestro (DIEZ RIPOLLÉS, 2013; MIRÓ LLINARES, 2017).

1.2. La aparente crisis del modelo de la disuasión en la explicación del cumplimiento normativo

Con objeto de dar respuesta a este interrogante, de nuevo el informe del Observatorio de la piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales (2019) recoge que "en la lucha contra la piratería, casi 8 de cada 10 usuarios consideran que la medida más eficaz contra el acceso ilegal es no permitir el acceso a esos sitios web, mientras que aumenta el porcentaje de personas que consideran eficaz desarrollar campañas de sensibilización social (64%), lo que demuestra que los consumidores considerarían positivo un marco de mayor colaboración entre el sector de los contenidos y los operadores. Asimismo, el 66% considera que es eficaz sancionar a los proveedores de Internet, y el 51% está a favor de sancionar a los usuarios con multas" (p.4). Todas estas intuiciones de los usuarios, entre otras, han sido recogidas desde varios sectores, tanto normativos como empírico-sociales, para elaborar estudios que han tratado de determinar los factores o variables que subyacen al fenómeno del comportamiento normativo. Si bien es cierto que la naturaleza de estos planteamientos es tan plural como sus disciplinas gestantes, no lo es menos que han sido cuatro los enfoques principales que han intentado arrojar luz sobre esta cuestión con mayor éxito y recorrido en la literatura científica. Mientras que en este apartado analizaremos el enfoque de la disuasión debido a ser el responsable de apuntalar la base de la explicación del cumplimiento normativo de nuestro legislador penal; los otros tres paradigmas, a saber, el de la influencia social (CIALDINI, KALLGREN y RENO, 1991), el de la legitimidad (TYLER, 1997; 2006) y, más recientemente, el de las intuiciones de justicia (ROBINSON y DARLEY, 1995), nos servirán posteriormente para discutir los resultados de nuestro meta-análisis.

Como se afirmó arriba, en la discusión normativa sobre la criminalización de nuevas conductas o sobre el incremento de las penas es fácil rastrear las tesis seminales de la prevención general negativa del modelo de la disuasión propias de los planteamientos de BENTHAM (1879/2017), BECCARIA (1764/2011), FEUERBACH (1989) o aquellas más sistematizadas en la *General Theory Deterrence* (BECKER, 1968). Todos ellos entienden, *grosso modo,* que son las sanciones formales asociadas a las conductas infractoras las que realmente tienen capacidad para motivar el comportamiento humano para el cumplimiento de las normas. Además, detrás de estas tesis encontramos, entre otros aspectos, una aceptación del presupuesto ontológico de que el comportamiento humano en general, y el delictivo en particular, responde al libre albedrío del agente o, expresado en los términos de la elección racional, que los infractores toman sus decisiones basadas en un cálculo de los beneficios y costes percibidos, especialmente aquellos derivados del castigo penal (AKERS, 1990; 1998; CORNISH y CLARKE, 2002). De ahí que, si el enfoque de la disuasión pone el acento en la sanción formal, este se despliega desde un triple núcleo definitorio: la severidad del castigo, la certeza o probabilidad de su imposición y la prontitud con la que el castigo se impone. Sobre esta cuestión, desde literatura empírica se ha establecido que estas tres características tienen una doble dimensión: una objetiva referida a la severidad, certeza y prontitud real del castigo (MIRÓ LLINARES Y BAUTISTA ORTUÑO, 2013); y una subjetiva referida a

la severidad, certeza y prontitud percibida por el sujeto que debe cumplir con la norma (PATERNOSTER, 2010). No obstante, parece que es esta última dimensión la que surte efecto para motivar al cumplimiento normativo de manera efectiva (MIRÓ LLINARES Y BAUTISTA ORTUÑO, 2013).

Volviendo al tema que nos ocupa, de manera reciente en nuestro país (GÓMEZ-BELLVÍS, 2019; PERÉZ-DOMÍNGUEZ, CASTRO-TOLEDO y MIRÓ LLINARES, 2019; RANDO CASERMEIRO, 2019), los estudios empíricos realizados en el ámbito de la propiedad intelectual y que analizan los factores que influyen en el cumplimiento coinciden en que estas dos variables explican poco respecto de lo que motiva a las personas a cumplir de modo efectivo. Así, por ejemplo, SVENSON y LARSSON (2012) mostraron que la estrategia preventiva de manipular estas variables no había supuesto grandes cambios en los hábitos sociales de los sujetos a la hora de compartir contenidos ilegalmente. En un sentido similar, el estudio de LEVIN, DATO-ON y MANOLIS (2007) sobre una muestra de universitarios concluyó que la severidad de la sanción no tenía como resultado una disminución notable de las intenciones futuras de descarga ilegal de contenidos. En todo caso, es importante subrayar que estas evidencias no implican rechazar que el hecho de manipular estas dos variables tenga algún efecto sobre el cumplimiento normativo (PATERNOSTER ET AL., 1983; PRATT ET AL., 2006), especialmente por lo que se refiere a los efectos comunicativos de las normas jurídicas (FELDMAN y NADLER, 2005; LEVIN, DATO-ON y MANOLIS, 2007; ROBERSTON, MCNEILL, GREEN y ROBERTS, 2012). De hecho, hay estudios que apuntan a que aumentando la certeza percibida se pueden reducir las intenciones de infringir en el futuro. Esto es lo que sucedió en Estados Unidos cuando la RIAA (*Recording Industry Association of America*) empezó en el año 2003 a demandar a personas que descargaban y compartían archivos de música ilegalmente. Tras estas demandas, más de 17 millones de usuarios de Internet dejaron de descargar y compartir música a través de la red. Además, no solo se redujeron las descargas por los usuarios que efectivamente habían realizado estas conductas alguna vez, sino que el 60% de los usuarios que decían no haberlo hecho nunca dijeron que las demandas de la RIAA los mantendría lejos de las conductas de descargar ilegalmente en un futuro (*Pew Internet and American Life Project*, 2004).

2. Objetivos e hipótesis

De acuerdo con lo descrito en la sección anterior, este trabajo tiene como objetivo principal meta-analizar la hipótesis tradicional del legislador penal sobre la relación entre los factores del enfoque de la disuasión (en concreto, la severidad y la certeza percibida por la ciudadanía) y el cumplimiento de las normas de propiedad intelectual. En este sentido, la primera de las hipótesis pretende evaluar lo que ya en numerosas ocasiones se ha argumentado desde las tesis de la prevención general negativa sobre la relación entre la severidad percibida del castigo y la motivación hacia el cumplimiento normativo. En nuestro caso, y en términos meta-analíticos, la hipótesis quedaría formulada del siguiente modo:

H_1. *La severidad percibida presentará una relación negativa con el incumplimiento de las normas de propiedad intelectual o, dicho de otro modo, a menor severidad percibida, mayor incumplimiento.*

En segundo lugar, no sólo la severidad percibida ha sido considerada un elemento nuclear dentro de la teoría de la disuasión, sino que, en línea con lo expuesto, la certeza percibida del castigo funciona como una variable mediadora de la máxima relevancia en la explicación de los comportamientos de cumplimiento. Para comprender mejor esta relación en términos meta-analíticos, la segunda hipótesis que planteamos es la siguiente:

H_2. *La certeza percibida de la sanción presentará una relación negativa con el cumplimiento de las normas de la propiedad intelectual o, de manera similar, a menor certeza percibida, mayor incumplimiento.*

3. Métodos y materiales

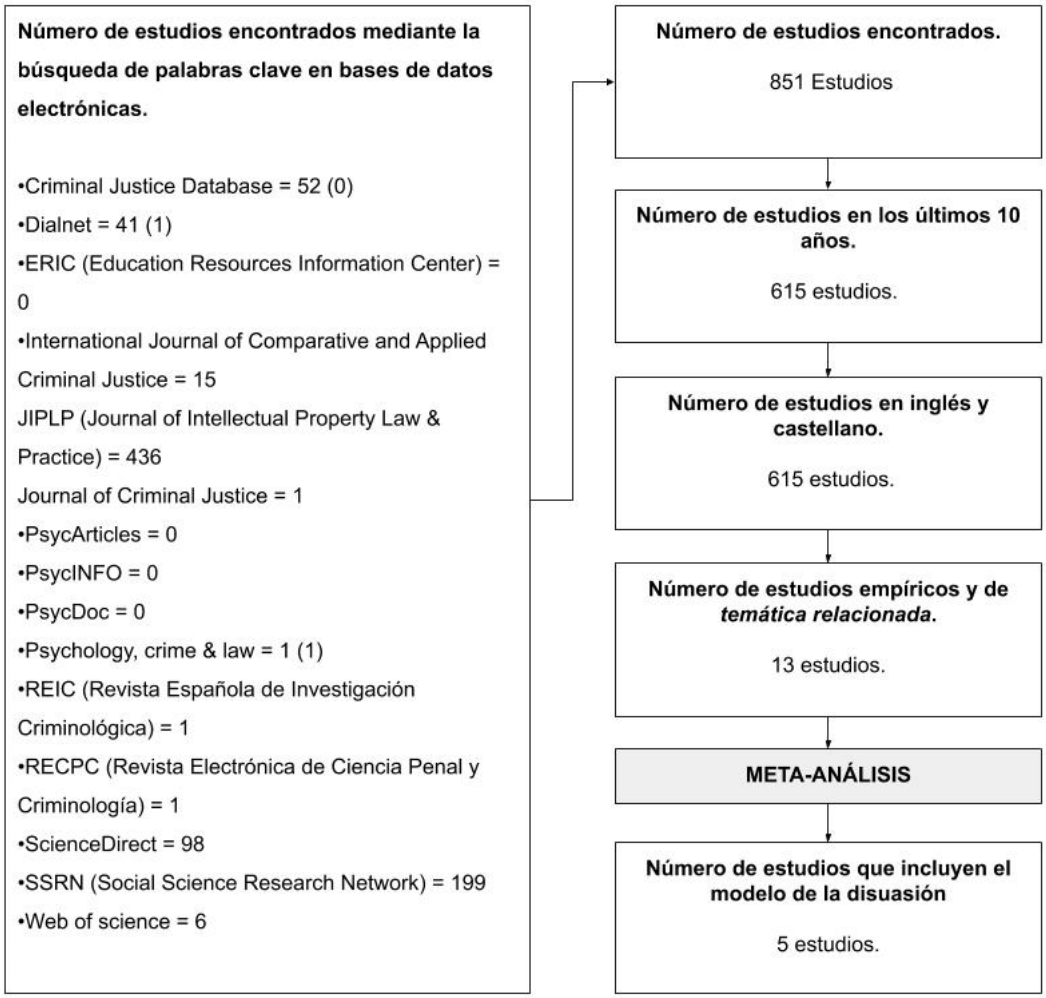
3.1. Procedimiento y muestra

Con respecto a esta sección, empezaremos destacando que el meta-análisis elaborado ha utilizado la información contenida en la revisión sistemática publicada en diciembre de 2019 por PÉREZ DOMÍNGUEZ ET AL. y que arrojó 13 artículos empíricos elegibles. Como bien describen los autores, esta revisión sistemática inicial se llevó a cabo siguiendo las etapas encontradas en revisiones sistemáticas (GOUGH, OLIVER y THOMAS, 2012; WRIGHT, BRAND, DUNN y SPINDLER, 2007)[5]. Una vez valorada la adecuación de la revisión con los fines meta-analíticos previamente descritos sobre la relación entre las variables del enfoque de la disuasión y el cumplimento de la propiedad intelectual, y de acuerdo con SÁNCHEZ-MECA (2010), se siguieron las siguientes fases: formulación del problema, búsqueda de los estudios, codificación de los estudios, cálculo del tamaño del efecto, análisis estadístico e interpretación y, finalmente, la publicación del meta-análisis.

De los 13 artículos identificados por DOMÍNGUEZ ET AL. (2019) tras la aplicación de criterios temporales (publicaciones indexadas en bases de datos especializadas entre 2010-2019), lingüísticos (inglés y castellano), metodológicos (estudios empíricos) y temáticos (sobre propiedad intelectual), para la elaboración del presente estudio se decidió incluir un criterio adicional acerca del uso del modelo de la disuasión como variables independientes del cumplimiento normativo, especialmente aquellos estudios que evaluaban la severidad y/o la certeza percibida. Con este criterio adicional, 5 estudios formaron parte de la muestra. Se describe todo el procedimiento en el siguiente diagrama de flujo:

[5] De acuerdo con PÉREZ DOMÍNGUEZ ET AL. (2019) "La revisión se llevó a cabo a partir de la búsqueda de palabras clave ("Propiedad intelectual" AND "cumplimiento") en bases de datos relevantes. La búsqueda abarca los últimos 10 años de investigaciones, desde el 2010 al 2019. Como se muestra en la Figura 1, se realizó la búsqueda en 15 bases de datos electrónicas: Criminal Justice Database, Dialnet, ERIC (Education Resources Information Center), International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice, JIPLP (Journal of Intellectual Property Law & Practice, Journal of Criminal Justice, PsycArticles, PsycDoc, Psychology, Crime & Law, PsycINFO, Revista Española de Investigación Criminológica (REIC), RECPC (Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología), ScienceDirect, SSRN (Social Science Research Network) y Web of science. En aquellas bases de datos que incluyendo las palabras clave ("Propiedad intelectual" AND cumplimiento) no aparecía ningún resultado se decidió traducirlas al inglés, utilizando finalmente como palabras clave ('intellectual property' AND compliance)" (pág. 3).

Figura 1. Diagrama de flujo del proceso de revisión sistemática y meta-análisis)



Fuente: Adaptado de PÉREZ DOMINGO ET AL. (2019)

Finalmente, para explicar por qué las investigaciones sobre una misma problemática pueden potencialmente arrojar resultados diferentes, a veces incluso contradictorios, es indispensable organizar las características de la investigación (LIPSEY y WILSON, 2001). De ahí que en este trabajo se codificaron los estudios resultantes del meta-análisis en dos hojas de Excel, uno para la variable de severidad y otro para la certeza, donde las filas son los estudios empíricos incluidos y las columnas son las variables de interés para el cálculo del metaanálisis. Más específicamente, las columnas incluyen el tamaño muestral, la descripción de la variable dependiente, la correlación (*r*), la *Z* de Fisher, *ES* (*logOR)* y error estándar (*SE*) *(*véanse las *Tablas 2 y 3)*. Esta fase es de crucial, ya que la codificación de los estudios sirve para verificar qué características del estudio pueden estar moderando o afectando los resultados (SÁNCHEZ-MECA, 2010).

3.2. Análisis e interpretación de los datos

Teniendo en cuenta que los meta-análisis se basan en el cálculo de un indicador estadístico que pueda captar la magnitud del efecto de cada estudio de manera que muestre de modo estandarizado los resultados de los diferentes trabajos (SÁNCHEZ-MECA, 2003; 2006), se decidió utilizar para los análisis el *software* especializado *Review Manager 5.4* de la *Colaboración*

Internacional Cochrane. Este paquete estadístico permite calcular para cada uno de los estudios empíricos incluidos el índice de tamaño del efecto (*ES*), el cual es un indicador estadístico que se utiliza para medir la intensidad de la relación entre variables sin que se vea afectado por el tamaño de la muestra, al contrario de lo que ocurre con las pruebas de significación estadística (COHEN, 1988). En términos generales, estos indicadores suelen agruparse en dos familias: los estadísticos *d* y *r* (SÁNCHEZ-MECA, 2008). Si bien es cierto que el estadístico *d* es especialmente adecuado para estudios que aplican un diseño de dos grupos y una medición continua de los resultados, incluido el cálculo de la diferencia entre los valores medios de los dos grupos, en nuestro caso el estadístico *r* (o alguna transformación de este) resulta más adecuado para diseños correlacionales (SÁNCHEZ-MECA, 2008; 2010). Más específicamente, para meta-analizar la relación entre el modelo de la disuasión y el cumplimiento normativo de la propiedad intelectual se han identificado aquellos estudios empíricos que han incluido un diseño correlacional. En este sentido, y tal y como recomiendan HEDGES y OLKIN (1985), siguiendo los pasos de LIPSEY y WILSON (2001), antes de integrar los coeficientes de correlación en el meta-análisis, se transformaron en *Z* de Fisher los coeficientes de correlación para unificar sus varianzas y se calculó el error estándar (*SE*) como índice directo de la precisión del tamaño del efecto, el cual cuanto menor sea indica mayor precisión del *ES*. Conviene subrayar, además, que en nuestro cálculo con el *Review Manager 5.4* se han usado estrategias algebraicas de conversión entre el índice *d* en uno *r*, en caso de ser necesario. Finalmente, todos los valores se han transformado a *logOR*.

Todas estas observaciones también se relacionan con el cálculo de la heterogeneidad de los estudios, la cual es entendida como la variabilidad que existe entre los estimadores que se han obtenido en cada uno de esos estudios (LIPSEY y WILSON, 2001). Sobre esto, y si bien el estadístico recomendado es la *Q* de Cochran, el cual considera la desviación entre el resultado de cada estudio y el resultado general y lo pondera de acuerdo con la contribución de cada estudio al resultado general, debido al limitado número de estudios finalmente incluidos este estadístico reduce su robustez (HEDGES y OLKIN, 1985). Considerando esta circunstancia analítica, se ha decidido calcular la I^2 como un estimador de la razón de variabilidad causada por la diferencia real entre las estimaciones. Este estadístico es menos sensible al tamaño del efecto y al número de estudios: su valor va de 0 a 100%, considerándose habitualmente los límites de 25%, 50% y 75% para delimitar cuándo existe una heterogeneidad baja, moderada y alta, respectivamente (MOLINA, 2018).

Del mismo modo, para el análisis se debe proponer un modelo estadístico a partir del cual se ponderarán los resultados. En el meta-análisis, existen dos modelos estadísticos principales: el modelo de efectos fijos y el de efectos aleatorios (SÁNCHEZ-MECA, MARÍN-MARTÍNEZ Y HUEDO, 2006). Según el modelo de efectos fijos, todos los estudios estiman el mismo tamaño del efecto general, por lo que la única diferencia entre los tamaños del efecto se debe al error de muestreo. Por el contrario, el modelo de efectos aleatorios asume que cada estudio puede estimar el tamaño del efecto poblacional por sí mismo, pero debe entenderse que el tamaño del efecto poblacional está heterogéneamente distribuido. La decisión sobre qué modelo estadístico calcular fue tomada a partir del criterio del grado de heterogeneidad (SÁNCHEZ-MECA, MARÍN-MARTÍNEZ Y HUEDO, 2006). O lo que es lo mismo, debido a los tamaños muestrales de los estudios incluidos en este meta-análisis, los cálculos se han hecho a partir de los presupuestos modelo de efectos aleatorios, ampliamente justificado por los resultados de la pruebas de heterogeneidad (véanse asimismo los modelos fijos incluidos en el Anexo I).

Por último, para la exposición e interpretación de los datos se han desarrollado diagramas de efectos (*forest plot*), una estrategia de visualización de datos ampliamente consolidada para comunicar los resultados de un meta-análisis y gráficos de embudo o *funnel plot* que nos permiten conocer los sesgos en las publicaciones (MOLINA, 2008; MOLINERO CASARES, 2001). Con este último se representa la magnitud del efecto medido (eje X) frente a una medida de precisión (eje Y) como el tamaño de la muestra, la varianza o, como es nuestro caso, el error estándar del logaritmo del *Odd Ratio* (OR). Cada investigación importante está representada por un punto y de manera general se observa una nube de puntos. Si dicha nube de puntos se distribuye de manera simétrica implica que no hay sesgo de publicación; si, por el contrario, la dispersión de los puntos es asimétrica, estaríamos ante la presencia de sesgos de publicación.

4. Resultados

4.1. Meta-análisis sobre la influencia de la severidad percibida del castigo en el cumplimiento normativo

La primera hipótesis (H_1) describía que la severidad percibida no tendrá un efecto general sobre el cumplimiento de las normas de propiedad intelectual. Para valorarla se han contado con un total de 4 estudios empíricos que analizan esta relación desde un enfoque correlacional: WINGROVE ET AL. (2011), SINOPEN ET AL. (2012), YOO ET AL. (2014) y GÓMEZ-BELLVÍS (2019). Es importante destacar que tanto el estudio de YOO ET AL. (2014) como el GÓMEZ-BELLVÍS (2019) presentan 2 y 7 niveles diferentes, respectivamente, de la variable dependiente que han sido incluidos de modo independiente en este primer meta-análisis. La siguiente tabla incluye la codificación y el cálculo de los tamaños del efecto para el conjunto de variables relativas a la severidad percibida.

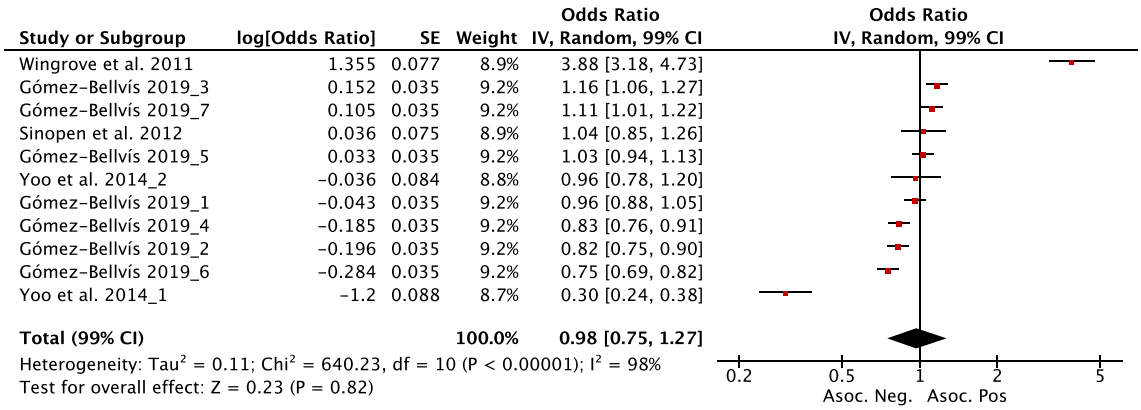
Tabla 1. Codificación de los estudios de la variable "severidad percibida"

Estudio	N	Conducta	r	ES (z)	ES (logOR)	SE
WINGROVE ET AL. (2011).	172	Frecuencia de descarga reciente en los últimos meses	0,35	0,365	1,355	0,077
SINOPEN ET AL. (2012).	183	Intención de cometer piratería de software	0,01	0,01	0,036	0,074
YOO ET AL. (2014)	132	Intención de piratear software en un futuro.				
		1. Coreanos	0,314	0,325	-1,2	0,088
	145	2. Vietnamitas	-0,01	-0,01	-.036	0,084
GÓMEZ-BELLVÍS (2019)	822	1. Comunicar públicamente sin autorización	-0,012	-0,012	-0,043	0,035
	822	2. Comunicar públicamente a cambio de beneficio	-0,054	-0,054	-0,196	0,035
	822	3. Descarga por enlaces de descarga directa	0,042	0,042	0,152	0,035
	822	4. Puesta a disposición mediante link	-0,051	-0,051	-0,185	0,035
	822	5. Descarga por P2P	0,009	0,009	0,033	0,035
	822	6. Compartir por P2P	-0,078	-0,078	-0,284	0,035
	822	7. Distribución física	0,029	0,029	0,105	0,035
LEE ET AL. (2019).	264	Frecuencia (Descargaste, subiste, creaste o compartiste)				
		1. Música		Solo certeza		
	264	2. Software				

Como se muestra en la Figura 2, el análisis combinado de los cinco estudios está representado en forma de diagrama de árbol, estos estudios están desagrupados en 11 filas, cada una de ellas representando a una conducta de incumplimiento de la propiedad intelectual diferente. Considerando que los OR están comprendidos entre (0, ± infinito) y que 1 representa la ausencia de asociación entre las variables: esto es, los valores menores de 1 apuntan hacia una asociación negativa entre las variables y los valores mayores de 1 significan una asociación positiva.

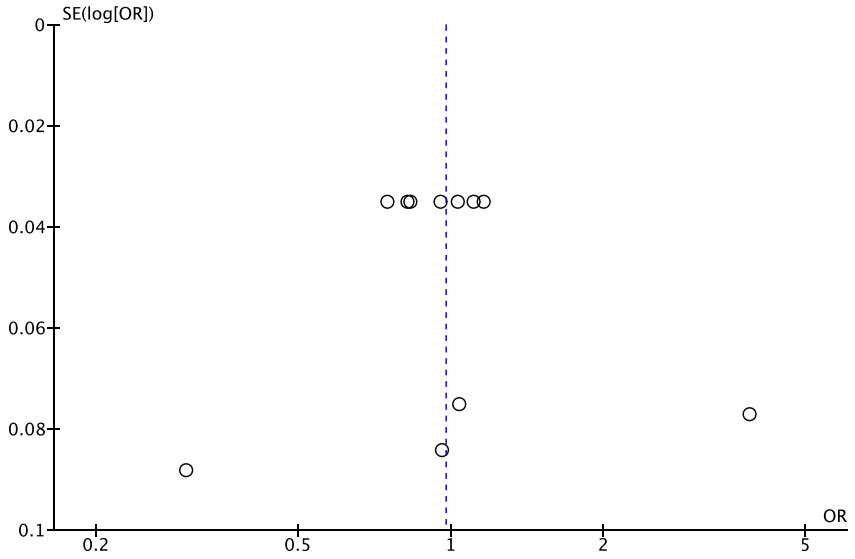
Asimismo, sobre la magnitud de esta relación, es importante indicar, junto a DOMÍNGUEZ-LARA (2018), que se si el OR es menor que 1,68 se considera su magnitud como insignificante; si está entre 1,68-3,47, pequeña; entre 3,47-6,71, moderada; y si es mayor que 6,71, grande. Desde una perspectiva general, se observa que el efecto global en el modelo de efectos aleatorios muestra una asociación negativa entre variables e insignificante en términos de su magnitud (OR_{sev}= 0,98; 99% IC [0,75 – 1,27]). Por su parte, la heterogeneidad entre los estudios es muy alta (I^2 = 98%). En consecuencia, estos resultados no nos permiten rechazar la hipótesis nula de H_1. A continuación se incluyen los detalles meta-analíticos de todos los estudios ordenados de mayor a menor valor de OR.

Figura 2. Meta-análisis del efecto de la severidad percibida en el cumplimiento de la propiedad intelectual (modelo de efectos aleatorio).



Por otro lado, se observa en el gráfico de embudo un sesgo en las publicaciones: esto es, los efectos de la severidad muestran una forma asimétrica. En cualquier caso, debemos ser prudentes con esta valoración cualitativa debido al reducido número de estudios, y muy especialmente tras comprobar que estudios como el GÓMEZ-BELLVÍS (2019) concentran en torno al 70% del peso de este primer meta-análisis. Toda información ha sido incluida en la Figura 3.

Figura 3. Gráfico en embudo (*funnel plot*) de los estudios sobre severidad percibida.



4.2. Meta-análisis sobre la influencia de la certeza del castigo en el cumplimiento normativo

La segunda hipótesis (H_2) de este estudio predecía que la certeza percibida tendrá un efecto general sobre el cumplimiento de las normas de propiedad intelectual. Para valorarla se han contado con un total de 4 estudios empíricos que analizan esta relación desde un enfoque correlacional: WINGROVE ET AL. (2011), YOO ET AL. (2014), GÓMEZ-BELLVÍS (2019) y LEE ET AL. (2019). Es importante destacar que tanto el estudio de YOO ET AL. (2014) como el GÓMEZ-BELLVÍS presentan 2 y 7 niveles diferentes, respectivamente, de la variable dependiente que han sido incluidos de modo independiente en este segundo meta-análisis. La siguiente tabla incluye la codificación y el cálculo de los tamaños del efecto para el conjunto de variables relativas a la certeza percibida.

Tabla 2. Codificación de los estudios de la variable "certeza percibida"

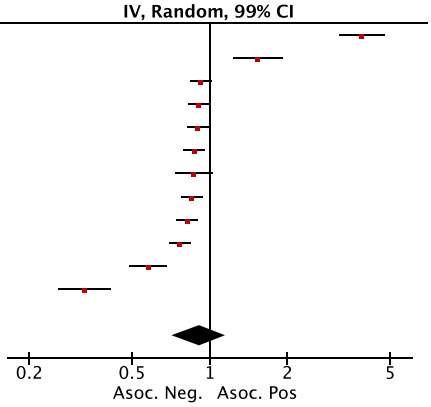
Estudio	N	Conducta	r	ES (z)	ES (logOR)	SE
WINGROVE ET AL. (2011).	172	Frecuencia de descarga reciente en los últimos meses	0,35	0,365	1,355	0,077
SINOPEN ET AL. (2012)	183	Intención de cometer piratería de software		Solo severidad		
YOO ET AL. (2014)	132	1. Coreanos	-0,295	-0,304	-1,12	0,088
	145	2. Vietnamitas	0,117	0,117	0,427	0,084
GÓMEZ-BELLVÍS (2019)	822	1. Comunicar públicamente sin autorización	-0,03	-0,03	-0,109	0,035
	822	2. Comunicar públicamente a cambio de beneficio	-0,039	-0,039	-0,14	0,035
	822	3. Descarga por enlaces de descarga directa	-0,022	-0,022	-0,08	0,035
	822	4. Puesta a disposición mediante link	-0,027	-0,027	-0,098	0,035
	822	5. Descarga por P2P	-0,045	-0,045	-0,163	0,035
	822	6. Compartir por P2P	-0,056	-0,056	-0,203	0,035
	822	7. Distribución física	-0,073	-0,073	-0,266	0,035
LEE ET AL. (2019).	264	Frecuencia (Descargaste, subiste, creaste o compartiste)		-		
		1. Música	-0,15	0,151	-0,55	0,062
	264	2. Software	-0,04	-0,04	-0,145	0,062

Al igual que con el primer meta-análisis, se llevó a cabo un análisis combinado de los cinco estudios desagregados también en 11 filas correspondientes a cada nivel de la variable dependiente que fue evaluada. Volviendo a tomar en consideración la interpretación de la OR de DOMÍNGUEZ-LARA (2018), y si atendemos al efecto global, este segundo meta-análisis de efectos aleatorios arroja una asociación negativa, aunque de magnitud insignificante (OR_{cer}= 0,91; 99% IC [0,72 – 1,16]). De nuevo nos encontramos que las diferencias entre estudios en el estadístico de la heterogeneidad es muy alta (I^2 = 98%). De acuerdo con estos resultados, no podemos rechazar la hipótesis nula de H_2. La siguiente figura 4 incluye toda la información de relevancia meta-analítica sobre la relación entre la certeza percibida y el cumplimiento ordenadas de mayores a menores valores de la OR.

Figura 4. Meta-análisis del efecto de la certeza percibida en el cumplimiento de la propiedad intelectual (modelo de efectos aleatorios).

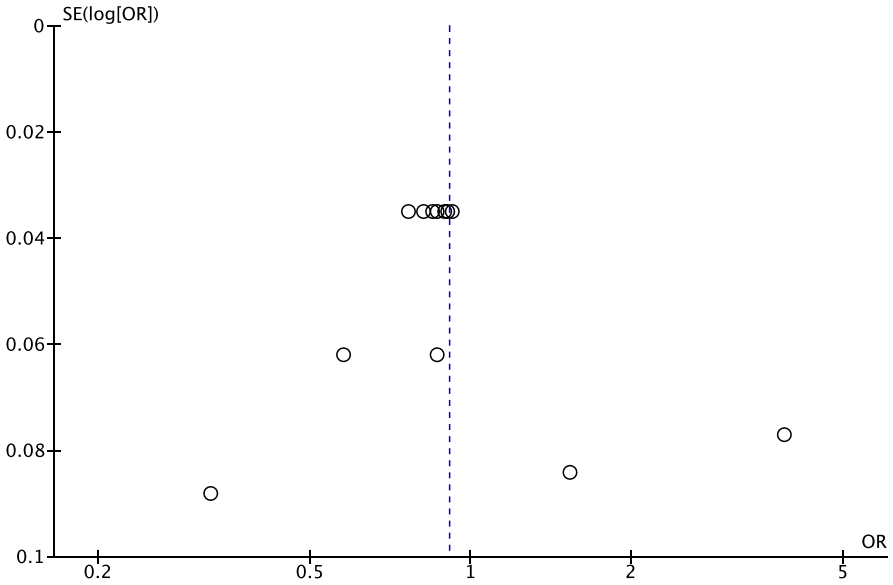
Study or Subgroup	log[Odds Ratio]	SE	Weight	Odds Ratio IV, Random, 99% CI
Wingrove et al. 2011	1.355	0.077	8.1%	3.88 [3.18, 4.73]
Yoo et al. 2014_2	0.427	0.084	8.0%	1.53 [1.23, 1.90]
Gómez-Bellvís 2019_3	-0.08	0.035	8.5%	0.92 [0.84, 1.01]
Gómez-Bellvís 2019_4	-0.098	0.035	8.5%	0.91 [0.83, 0.99]
Gómez-Bellvís 2019_1	-0.109	0.035	8.5%	0.90 [0.82, 0.98]
Gómez-Bellvís 2019_2	-0.14	0.035	8.5%	0.87 [0.79, 0.95]
Lee et al. 2019_2	-0.145	0.062	8.3%	0.87 [0.74, 1.01]
Gómez-Bellvís 2019_5	-0.163	0.035	8.5%	0.85 [0.78, 0.93]
Gómez-Bellvís 2019_6	-0.203	0.035	8.5%	0.82 [0.75, 0.89]
Gómez-Bellvís 2019_7	-0.266	0.035	8.5%	0.77 [0.70, 0.84]
Lee et al. 2019_1	-0.55	0.062	8.3%	0.58 [0.49, 0.68]
Yoo et al. 2014_1	-1.12	0.088	8.0%	0.33 [0.26, 0.41]
Total (99% CI)			**100.0%**	**0.91 [0.72, 1.16]**

Heterogeneity: Tau² = 0.10; Chi² = 611.91, df = 11 (P < 0.00001); I² = 98%
Test for overall effect: Z = 0.99 (P = 0.32)



En correspondencia con el gráfico de embudo de los estudios que evaluaban la severidad percibida, en este segundo meta-análisis se observa un sesgo en las publicaciones debido a su aspecto asimétrico. Pero debemos reiterar la cautela en esta valoración, ya que el estudio de GÓMEZ-BELLVÍS (2019) vuelve a concentrar en torno 70% del peso analítico. Toda esta información ha sido incluida en la Figura 5.

Figura 5. Gráfico en embudo (*funnel plot*) de los estudios sobre certeza percibida



5. Discusión y conclusiones

En la presente investigación hemos meta-analizado la relación que desde el modelo de la disuasión penal se establece entre las variables de la severidad y la certeza percibida y el (in)cumplimiento normativo de la propiedad intelectual de una muestra de artículos empíricos internacionales y nacionales publicados entre 2010 y 2019 (PÉREZ-DOMÍNGUEZ ET AL., 2019). De acuerdo con los resultados descritos en el apartado anterior, debemos rechazar de manera temporal las hipótesis apoyadas por el legislador penal sobre la capacidad de la sanción penal

para no sólo disuadir potenciales vulneraciones de los derechos de autor, sino de motivar un comportamiento alineado con la norma. Por un lado, con los datos analizados no podemos afirmar que la severidad percibida tenga una relación negativa con el incumplimiento de las normas de propiedad intelectual o, dicho de otro modo, que a menor severidad percibida, mayor incumplimiento. Y de igual modo, no podemos afirmar que las condiciones evaluadas de certeza percibida de la sanción tengan una relación negativa con el cumplimiento de las normas de la propiedad intelectual o, lo que es lo mismo, que a menor certeza percibida, mayor incumplimiento. Es cierto que no todos los estudios incluidos muestran los mismos efectos de las variables del modelo de la disuasión sobre el incumplimiento de la propiedad intelectual. Si bien es cierto que, desde una óptica de efectos globales, tanto la severidad como la certeza percibida muestran, en correspondencia con las predicciones del modelo la disuasión, relaciones negativas, estas tienen una magnitud insignificante (OR_{sev} = 0,98, OR_{cer}=0,91). Estos resultados son totalmente convergentes con las conclusiones a las que llegan los estudios de SVENSON y LARSSON (2012) o LEVIN, DATO-ON y MANOLIS (2007) sobre propiedad intelectual. Por el contrario, resulta del máximo interés poner de relieve que, si atendemos a los estudios concretos, el sentido de esta relación puede incluso invertirse. Por ejemplo, GÓMEZ-BELLVÍS (2019) encontró relaciones positivas muy débiles entre la severidad percibida y el incumplimiento en conductas como la descarga por enlaces, el uso de P2P o la distribución física. Con el mismo sentido y débil magnitud, encontró SINOPEN ET AL. (2012) esta relación entre variables en la conducta de piratería de *software*. Respecto a la relación entre la certeza percibida y el incumplimiento de la propiedad intelectual, sólo el estudio de Yoo et al. (2014) muestra un efecto positivo débil en la conducta de descargar, subir, crear o compartir software.

En cualquier caso, y pese a la ausencia de evidencias meta-analítica adicionales, y por tanto del interés que pudiesen despertar estos resultados, debemos ser muy cautos con la interpretación de estos efectos generales antes de descartar, con carácter definitivo, cualquier relación entre las variables analizadas del modelo de la disuasión y el incumplimiento de la propiedad intelectual. En ambos meta-análisis se observa una altísima heterogeneidad entre los estudios incluidos (I^2=98%). Este sesgo de publicación, identificado cualitativamente con las asimetrías de los gráficos de embudo, e inevitable por otro lado si apreciamos el limitado número de estudios empíricos elegibles con propósitos meta-analíticos sobre esta materia, nos indica que existen notorias diferencias metodológicas y sustantivas que afectan directamente al tamaño del efecto global (SÁNCHEZ-MECA, 2003, 2010). Aquí señalaremos dos de relevancia. La primera de ellas es la significativa diferencia de los tamaños muestrales, oscilando entre el estudio de YOO ET AL. (2014) (N=132) y el de GÓMEZ-BELLVÍS (2019) (N= 822). La segunda está relacionada con el número de conductas de incumplimiento evaluadas en cada estudio y su particular operativización. En este sentido, el estudio de GÓMEZ-BELLVÍS (2019) analiza un total de siete conductas, lo que ha implicado una mayor concentración del peso en ambos meta-análisis, frente a otros investigaciones como la de YOO ET AL. (2014) o de LEE ET AL. (2019), las cuales recogen datos de incumplimiento de dos conductas. Ciertamente, lo señalado aquí debe ser considerado como las principales limitaciones del presente estudio, las cuales podrán corregirse en el futuro con el cálculo de otros meta-análisis que incluyan nuevos estudios empíricos elegibles para los propósitos antes descritos.

Consideramos que estos resultados parecen confirmar la necesidad de conjugar y de encontrar sinergias entre el modelo explicativo del cumplimiento normativo basado en la disuasión penal,

el cual constituye el paradigma de nuestro legislador penal, y los hallazgos que desde otras disciplinas empírico-sociales se han hecho sobre la misma problemática (MIRÓ LLINARES, 2017). Mencionábamos al inicio que han sido numerosos las propuestas que, con mejor o peor suerte, han pretendido dar respuesta al reto del cumplimiento de las normas propiedad intelectual; no obstante, y sin ánimo de exhaustividad, solo introduciremos brevemente tres de los enfoques más relevantes: la influencia social, la legitimidad y las intuiciones de justicia.

Por lo que se refiere al enfoque de la influencia social, CIALDINI ET AL. (1991) mostraron que el cumplimiento de las normas está mediado tanto por lo que las personas de nuestro entorno aprueban (norma prescriptiva) como por la frecuencia con la que cumplen las normas (norma descriptiva). Sobre esto, JENSEN (2003) encontró evidencias empíricas que revelan que las propias convenciones sociales, procedentes de la propia comunidad, incrementan el coste percibido por la infracción en mayor medida que las sanciones formales. En materia de propiedad intelectual, las tesis de la influencia social tienen especial saliencia en la investigación de LEVIN, DATO-ON y MANOLIS (2007) donde las normas sociales reportaron una mayor influencia sobre las intenciones de descargar ilegalmente contenidos protegidos por derechos de autor. En una línea similar, FELDMAN y NADLER (2005) comprobaron que las sanciones informales (esencialmente a través de la estigmatización del infractor) reducían en mayor medida las intenciones de descargar contenido protegido que las sanciones formales. A su vez, en cuanto al enfoque la legitimidad, son de sobra conocidos los trabajos de TYLER (1997, 2006) en los que justifica empíricamente la relación entre el sentimiento de obediencia a las leyes, o cumplimiento en nuestros términos, y la valoración o juicio moral que hacen las personas sobre su propia conducta. Con respecto a la propiedad intelectual, SCHULTZ (2006), CHIOU, HUANG y LEE (2005) o JAMBON y SMETANA (2012) encontraron evidencias empíricas acerca de que la prevención de la infracción de los derechos de autor, debido principalmente a su fácil comisión y difícil detección, lo que implica la remota posibilidad de ser sancionado, está esencialmente sujeta a los límites morales de las personas. Por último, el paradigma de las intuiciones de justicia, iniciado por ROBINSON Y sus colaboradores (1995, 2010, 2012, 2013), pone de relieve la relación entre los juicios populares sobre el merecimiento por la comisión de infracciones y el cumplimiento normativo. En pocas palabras, el ajuste entre el modelo de conducta enunciado por la norma y las intuiciones de justicia de las personas se postula como un indicador de la máxima relevancia explicativa del cumplimiento normativo, por lo que, en consecuencia, basar los diseños normativos en los estándares de la comunidad respecto al merecimiento mejorará el cumplimiento efectivo (ROBINSON, 2012). Trasladando este enfoque a la cuestión que nos ocupa, es probable que, como sugieren algunos autores (GOODENOUGH y DECKER, 2008; WINGROVE ET AL., 2011), si la ciudadanía considera menos lesivo infringir los derechos de autor en el ciberespacio que en el espacio físico, esta percepción incida en el incumplimiento normativo de la propiedad intelectual en Internet (ROBINSON, 2013; SLOBOGIN y BRINKLEY-RUBINSTEIN, 2013). Nada de lo expuesto significa que estos enfoques sean los únicos capaces de dar cuenta los factores asociados con el cumplimiento normativo de la propiedad intelectual. Como recogen PÉREZ-DOMÍNGUEZ ET AL. (2019) en su revisión sistemática, son igualmente prometedores otros planteamientos empíricos de la última década que han sido aplicados a la problemática que nos ocupa y que están fundados, entre otros, en las tesis de la teoría del aprendizaje social (MORRIS Y HIGGINS, 2010; LEE ET AL., 2019), las técnicas de neutralización (MORRIS y HIGGINS, 2010); SINOPEN ET AL., 2012; LEE ET AL., 2019), la teoría del autocontrol (GUNTER ET AL., 2010; YANG, Z. y WANG, J., 2015; VILLAVIEJA-BECK y CEREZO DOMÍNGUEZ, 2016), la ley Hadopi (ARNOLD ET AL., 2014; DANAHER ET AL., 2014) e, incluso, características

sociodemográficas (ARNOLD ET AL. 2014; LEE ET AL., 2019; MORRIS Y HIGGINS, 2010; GUNTER ET AL; 2010; HINDUJA y HIGGINS, 2011; YANG, Z., y WANG, J., 2015).

En definitiva, lo dicho hasta aquí supone que debemos reconocer el valor de la creciente evidencia empírica en torno a la cuestión de los factores asociados al cumplimiento normativo de la propiedad intelectual, y como esta debe ser integrada en la actual reflexión político-criminal, al menos si esta se propone horizontes de racionalidad, sobre cuál es la función de la sanción penal, su legitimidad o el merecimiento de la reacción por parte del ordenamiento jurídico público o privado. No olvidemos que la actual regulación de nuestro país en materia de propiedad intelectual está desarrollada en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y cuya infracción corresponde al ordenamiento civil/mercantil, o administrativo en su caso, pero que también está constituida por el Código Penal.

6. Bibliografía

Ronald L. AKERS (1990). "Rational choice, deterrence, and social learning theory in criminology: The path not taken." *J. Crim. L. y Criminology* 81 (1990): 653.

Ronald L. AKERS (1998). *Social learning and social structure: A general theory of crime and deviance*. Northeastern University Press, Boston.

Shoshana ALTSCHULLER y Raquel BENBUNAN-FICH (2009). "Is music downloading the new prohibition? What students reveal through an ethical dilemma." *Ethics and Information Technology* 11.1: 49-56.

M. A. ARNOLD, DARMON, E., DEJEAN, S., y PENARD, T. (2014). "Graduated Response Policy and the Behavior of Digital Pirates: Evidence from the French Three-Strike (Hadopi) Law". Recuperado de http://www.dimt.it/wp-content/uploads/2014/01/SSRN-id2380522.pdf

Marqués de BECCARIA (1764/2011), De los delitos y las penas, Fondo de Cultura Económica
Gary S. BECKER (1968), "Crime and Punishment, An Economic Approach", Journal of Political Economy, 76.

L. M. CASARES MOLINERO (2001). "Metaanálisis: claves para interpretar una herramienta de investigación controvertida." *Hipertensión y Riesgo Vascular* 18.5: 232-240.

Francisco Javier CASTRO-TOLEDO (2019). "El cumplimiento de las normas de propiedad intelectual: hacia una comprensión de su prevalencia real y factores asociados". *Revista Lex Mercatoria,* (13), 27-43

Jyh-Shen CHIOU, Chien-yi HUANG, and Hsin-hui LEE (2005). "The Antecedents of Music Piracy Attitudes and Intentions". *Journal of Business Ethics*, 57 (2), pp. 161-174.

Robert CIALDINI, Carl A. KALLGREN, y Raymond R. RENO. (1991). A Focus Theory of Normative Conduct: A theoretical refinement and reevaluation of the role of norms in human behaviour. *Advances in Experimental Social Psychology*, 24, pp. 201-234.

Derek B. CORNISH, y Ronald V. CLARKE. "Crime as a rational choice." *Criminological theories: Bridging the past to the future* (2002): 77-96

Brett DANAHER, Michael D. SMITH, Rahul TELANG y Siwen CHEN, S. (2014). "The effect of graduated response anti-piracy laws on music sales: evidence from an event study in France". *The Journal of Industrial Economics, 62*(3), 541-553.

Alain Van Hiel DEPOORTER, y Sven VANNESTE (2010). "Copyright backlash." *S. Cal. L. Rev.* 84: 1251.
José Luís DÍEZ RIPOLLÉS (2013). *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*. Madrid: Trotta.

Sergio Alexis DOMINGUEZ-LARA (2018). "El odds ratio y su interpretación como magnitud del efecto en investigación." *Educación médica* 19.1: 65-66.

José Carlos ESPIGARES HUETE (2019). "Perspectives on the infringement of intellectual property rights through illegal downloads". *Spanish Journal of Legislative Studies,* (1), p1-27. DOI: 10.21134/sjls.v0i1.1706.

Yuval FELDMAN, y Janice NADLER, J. (2005). "Expressive Law and File Sharing Norms". *San Diego Law Review*, 43, pp. 577-618.

Paul Johann Anselm FEUERBACH (1989). *Tratado de Derecho penal*. (Traducción de Eugenio ZAFFARONI e Irma HAGEMEIER). Hamurabi, Buenos Aires.

Ana Belén GÓMEZ-BELLVÍS (2019). "Crónica de una ineficacia anunciada: Un estudio sobre los factores asociados al cumplimiento en el ámbito de la propiedad intelectual". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (1), 20.

Oliver R. GOODENOUGHT, y Gregory J. DECKER (2008). "Why do good people steal intellectual property?". *Law, Mind and Brain, Ashgate,* (2).

Ram GOPAL, G. Lawrence SANDERS, Sudip BHATTACHARJEE, Manish AGRAWAL, y Suzanne C. WAGNER (2004). "A behavioural model of digital music piracy". *Journal of Organizational Computing and Electronic Commerce, 14,* 89-105.

David GOUGH, James THOMAS, and Sandy OLIVER (2012). "Clarifying differences between review designs and methods." *Systematic reviews* 1.1: 28.

David GOUGH, Sandy OLIVER, y James THOMAS, J. (2012). *An Introduction to Systematic Reviews*. Los Angeles: Sage.

Whitney D. GUNTER, George E. HIGGINS, y Roberta E. GEALT (2010). "Pirating Youth: Examining the Correlates of Digital Music Piracy among Adolescents". *International Journal of Cyber Criminology*, *4,* 657–671.

Larry V. HEDGES, y Ingram OLKIN. (1985). *Statistical methods for meta-analysis*. Orlando, FL: Academic Press

Sameer HINDUJA, y George E. HIGGINSS. (2011). "Trends and patterns among music pirates". *Deviant Behavior, 32*(7), 563-588.

Marc M. JAMBON, y Judith G. SMETANA (2012). "College students' moral evaluations of illegal music downloading". *Journal of Applied Developmental Psychology*, 33(1), pp. 31-39.

Byung LEE, Seokjin JEONG, y Seung YEOP PAEK. (2019). "Determinants of digital piracy using deterrence, social learning, and neutralization perspectives". *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 1–14.

Aron M. LEVIN, Mary Conway DATO-ON, y Chris MANOLIS (2007), "Deterring illegal downloading: the effects of threat appeals, past behaviour, subjective norms, and attributions of harm", *Journal of Consumer Behavior, 6*, 111-22.

Mark W. LIPSEY, y David B. WILSON . (2001). *Practical meta-analysis*. Thousand Oaks, CA: Sage.

Fernando MIRÓ LLINARES (2003). *La protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Madrid: Dykinson.

Fernando MIRÓ LLINARES (2005). *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*. Madrid: Fundación autor.

Fernando MIRÓ LLINARES (2007). "El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de Internet". *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, 1*(2), 103-155.

Fernando MIRÓ LLINARES (2017), "La función de la pena ante "el paso empírico" del Derecho penal". *Revista General de Derecho Penal*, 27.

Fernando MIRÓ LLINARES y Rebeca BAUTISTA ORTUÑO (2013). "¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial". *InDret Revista para el análisis del Derecho, 4*, 1-5

Manuel MOLINA ARIAS (2018) "Aspectos metodológicos del metaanálisis (1)." *Pediatría Atención Primaria* 20.79: 297-302.

Robert G. MORRIS, y George E. HIGGIN (2010). "Criminological theory in the digital age: The case of social learning theory and digital piracy". *Journal of Criminal Justice, 38*(4), pp 470-480.

Raymond PATERNOSTER (2010). "How much do we really know about criminal deterrence*?". The journal of criminal law and criminology, 100*(3), 765-824.

Raymond PATERNOSTER, Linda E. SALTZMAN, Gordon P. WALDO, y Theodore G. CHIRICOS (1983). "Perceived risk and social control: Do sanctions really deter?". *Law and Society Review, 17*(3), 457-479.

Sandra PÉREZ DOMÍNGUEZ,, Francisco Javier CASTRO-TOLEDO y Fernando MIRÓ-LLINARES (2019). "Prevalencia, factores asociados y diferencias de género en el cumplimiento de la propiedad intelectual: una revisión sistemática". *Revista Electrónica de Criminología*, 02-04, 1-10.

Travis C. PRATT *et. al.* (2006), "The empirical status of deterrence theory: A meta-analysis", en Francis T. CULLEN/John Paul WRIGHT y Kristie R. BLEVINS (Coords.), *Taking stock: The status of criminological theory*, Transacion Publishers, Nueva Jersey, pp. 367-395.

Pablo RANDO CASERMEIRO (2019), "Disuasión y piratería", *Indret*, (3).

Kirsten ROBERTSON, Lisa MCNEILL, James GREEN y Claire ROBERTS (2011). Illegal Downloading, Ethical Concern, and Illegal Behavior. *Journal of Business Ethics*, 108, pp. 215-227.

K. ROBERTSON, MCNEILL, L., GREEN, J., y ROBERTS, C. (2012). Illegal downloading, ethical concern, and illegal behaviour. *Journal of business ethics, 108*(2), 215-227.

Paul H. ROBINSON (2012). *Principios distributivos del Derecho Penal. A quién debe sancioanrse y en qué medida*. Madrid: Marcial Pons.

Paul H. ROBINSON (2013). *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*. New York: Oxford University Press.

Paul H. ROBINSON y John M. DARLEY (1995). *Justice, Liability, and Blame. Community Views and the Criminal Law*. Boulder: Westview Press.

Paul H. ROBINSON y John M. DARLEY (2007). "Intuitions of justice: Implications for criminal law and justice policy". *S. Cal. L. Rev*. 81.

Paul H. ROBINSON, Geoffrey P. GOODWIN, and Michael D. REISIG. (2010). "The disutility of injustice". *NYUL Rev.* 85, p. 1940.

Julio SÁNCHEZ-MECA (2003). "La revisión del estado de la cuestión: el meta-análisis". *Enfoques, problemas y métodos de investigación en Economía y Dirección de Empresas, 1,* 101-110.

Julio SÁNCHEZ-MECA (2008). *Meta-análisis de la investigación*. En M.A. Verdugo, M. Crespo, M. Badía y B. Arias (Coords.), Metodología en la investigación sobre discapacidad. Salamanca: Publicaciones del INICO.

Julio SÁNCHEZ-MECA (2010). "Cómo realizar una revisión sistemática y un meta-análisis". *Aula abierta, 38*(2), 53-64.

Julio SÁNCHEZ-MECA, Fulgencio MARÍN-MARTÍNEZ y Tania B. HUEDO (2006). "Modelo de efectos fijos y modelo de efectos aleatorios". En J.L.R. Martín, A. Tobías y T. Seoane (Coords.), *Revisiones sistemáticas en ciencias de la vida* (pp. 189-204). Toledo: FISCAM

Mark F. SCHULTZ (2006). Copynorms: Copyright and Social Norms. Disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=933656

Mikko SIPONEN, Anthony VANCE, and Robert WILLISON (2012). "New insights into the problem of software piracy: The effects of neutralization, shame, and moral beliefs. *Information y Management*, 49(7–8), 334–341.

Christopher SLOBOGIN, y Lauren BRINKLEY-RUBINSTEIN (2013). "Putting Desert in its Place". *Stanford Law Review*, 65.

Måns SVENSSON, y Stefan LARSSON (2012). "Intellectual property law compliance in Europe: Illegal file sharing and the role of social norms". *New media y society, 14*(7), 1147-1163.

Tom R. TYLER (1997). "Compliance with Intellectual Property Laws: A Psychological Perspective". *New York University Journal of International Law and Policy*, 29.

Tom R. TYLER (2006), *Why people obey the law*. Oxford: Princeton University Press.

Manuel VILLAVIEJA, Adán BECK y Ana Isabel CEREZO DOMÍNGUEZ (2016). "La piratería doméstica y el autocontrol: Un estudio exploratorio entre universitarios". *Boletín criminológico,* (166), 1-9.

Twila WINGROVE, Angela L. KORPAS, y Victoria WEISZ (2011). "Why were millions of people not obeying the law? Motivational influences on non-compliance with the law in the case of music piracy". *Psychology, Crime y Law, 17*(3), pp 261–276.

Rick W. WRIGHT, Richard A. BRAND, Warren DUNN, y Kurt SPINDLER (2007). "How to write a systematic review". *Clinical Orthopaedics and Related Research, 455*, 23–29.

C.-W. YOO, SANDERS, G. L., RHEE, C., y CHOE, Y.-C. (2014). The effect of deterrence policy in software piracy: cross-cultural analysis between Korea and Vietnam. *Information Development, 30*(4), 342-357. DOI:10.1177/ 0266666912465974.

Anexo. Modelos de efectos fijos

a) Certeza percibida

Figura 6. Meta-análisis del efecto de la certeza percibida en el cumplimiento de la propiedad intelectual (modelo fijo).

Study or Subgroup	log[Odds Ratio]	SE	Weight	Odds Ratio IV, Fixed, 99% CI
Wingrove et al. 2011	1.355	0.077	2.5%	3.88 [3.18, 4.73]
Yoo et al. 2014_2	0.427	0.084	2.1%	1.53 [1.23, 1.90]
Gómez-Bellvís 2019_3	-0.08	0.035	12.2%	0.92 [0.84, 1.01]
Gómez-Bellvís 2019_4	-0.098	0.035	12.2%	0.91 [0.83, 0.99]
Gómez-Bellvís 2019_1	-0.109	0.035	12.2%	0.90 [0.82, 0.98]
Gómez-Bellvís 2019_2	-0.14	0.035	12.2%	0.87 [0.79, 0.95]
Lee et al. 2019_2	-0.145	0.062	3.9%	0.87 [0.74, 1.01]
Gómez-Bellvís 2019_5	-0.163	0.035	12.2%	0.85 [0.78, 0.93]
Gómez-Bellvís 2019_6	-0.203	0.035	12.2%	0.82 [0.75, 0.89]
Gómez-Bellvís 2019_7	-0.266	0.035	12.2%	0.77 [0.70, 0.84]
Lee et al. 2019_1	-0.55	0.062	3.9%	0.58 [0.49, 0.68]
Yoo et al. 2014_1	-1.12	0.088	1.9%	0.33 [0.26, 0.41]
Total (99% CI)			**100.0%**	**0.87 [0.85, 0.90]**

Heterogeneity: $Chi^2 = 611.91$, df = 11 ($P < 0.00001$); $I^2 = 98\%$
Test for overall effect: Z = 11.03 ($P < 0.00001$)

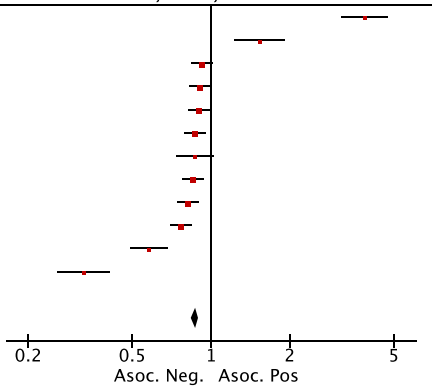
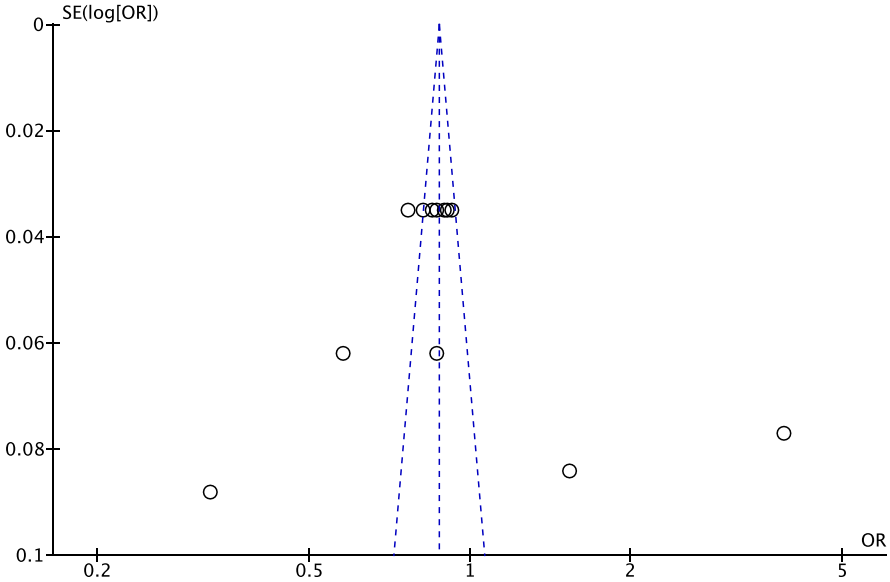


Figura 7. Gráfico en embudo (funnel plot) de los estudios sobre certeza percibida



b) Severidad percibida

Figura 8. Meta-análisis del efecto de la severidad percibida en el cumplimiento de la propiedad intelectual (modelo fijo).

Study or Subgroup	log[Odds Ratio]	SE	Weight	Odds Ratio IV, Fixed, 99% CI
Wingrove et al. 2011	1.355	0.077	2.7%	3.88 [3.18, 4.73]
Gómez-Bellvís 2019_3	0.152	0.035	12.9%	1.16 [1.06, 1.27]
Gómez-Bellvís 2019_7	0.105	0.035	12.9%	1.11 [1.01, 1.22]
Sinopen et al. 2012	0.036	0.075	2.8%	1.04 [0.85, 1.26]
Gómez-Bellvís 2019_5	0.033	0.035	12.9%	1.03 [0.94, 1.13]
Yoo et al. 2014_2	-0.036	0.084	2.2%	0.96 [0.78, 1.20]
Gómez-Bellvís 2019_1	-0.043	0.035	12.9%	0.96 [0.88, 1.05]
Gómez-Bellvís 2019_4	-0.185	0.035	12.9%	0.83 [0.76, 0.91]
Gómez-Bellvís 2019_2	-0.196	0.035	12.9%	0.82 [0.75, 0.90]
Gómez-Bellvís 2019_6	-0.284	0.035	12.9%	0.75 [0.69, 0.82]
Yoo et al. 2014_1	-1.2	0.088	2.0%	0.30 [0.24, 0.38]
Total (99% CI)			**100.0%**	**0.96 [0.93, 0.99]**

Heterogeneity: $Chi^2 = 640.23$, df = 10 ($P < 0.00001$); $I^2 = 98\%$
Test for overall effect: Z = 3.35 (P = 0.0008)

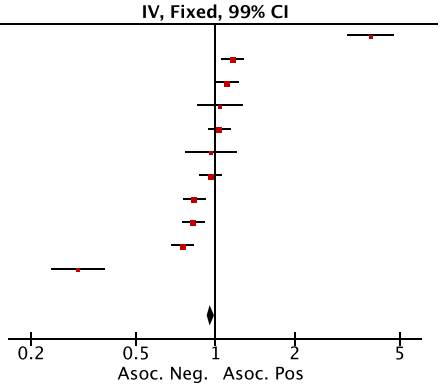
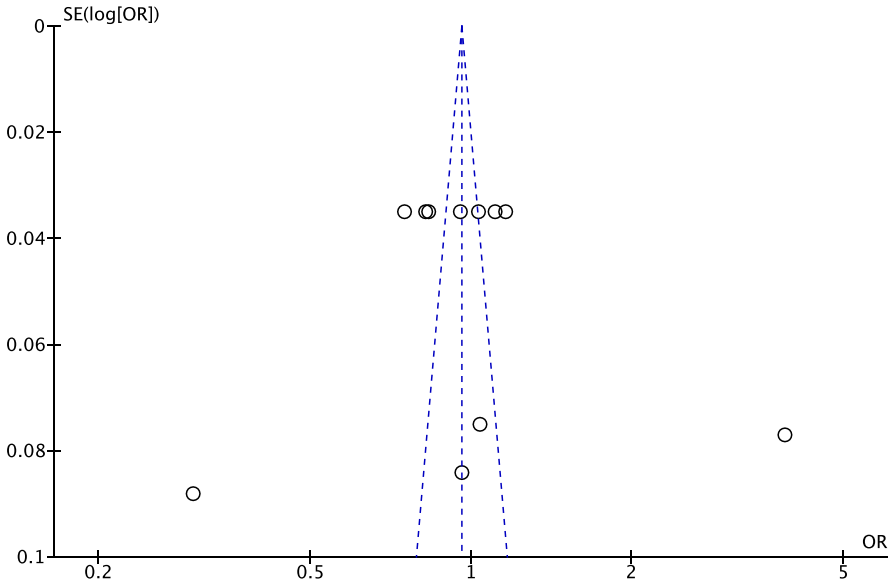


Figura 9. Gráfico en embudo (*funnel plot*) de los estudios sobre severidad percibida.



InDret
2.2021

La extensión a terceros de la cosa juzgada positiva de la resolución prejudicial civil

Núria Reynal Querol
Universitat Autònoma De Barcelona
-

Sumario

-

El trabajo analiza uno de los problemas más importantes que plantean los supuestos de prejudicialidad civil en un proceso también civil: la vinculación de la resolución prejudicial en el proceso principal. El objetivo del estudio consiste en razonar que la cosa juzgada es la figura adecuada para explicar dicha vinculación. En primer lugar, los supuestos mencionados cumplen con el requisito objetivo que exige la eficacia de la cosa juzgada positiva. Esto es, el objeto del proceso prejudicial en que ha tenido lugar la sentencia con cosa juzgada constituye un antecedente lógico del objeto del proceso principal. En segundo lugar, y desde la perspectiva de los sujetos, la cosa juzgada admite una extensión de sus efectos compatible con la garantía constitucional del derecho de defensa. La bondad de esta interpretación flexible y garantista es que permite justificar la vinculación de la resolución prejudicial en un amplio abanico de supuestos. Por un lado, en aquellos casos en que existe identidad entre los sujetos de las causas principal y prejudicial. Por otro, en aquellos otros en los que, pese a la relación de prejudicialidad entre los objetos de los procesos, no coinciden todos los sujetos de ambos asuntos.

Abstract

-

The paper analyzes one of the most important problems raised by the assumptions of civil prejudice in a civil process: the linkage of the ruling of an incidental question in the main process. The aim of the study is to reason that the res judicata is the appropriate figure to explain such connection. First, the aforementioned assumptions meet the objective requirement that requires the effectiveness of the positive res judicata. That is, the object of the preliminary ruling proceeding in which the judgment with res judicata has taken place constitutes a logical antecedent to the object of the main proceeding. Secondly, and from the perspective of the subjects, res judicata admits an extension of its effects compatible with the constitutional guarantee of the right of defense. The goodness of this flexible and guaranteeing interpretation is that it allows to justify the linkage of the preliminary ruling in a wide range of assumptions.

On the one hand, in those cases in which there is identity between the subjects of the main and incudental causes. On the other hand, in those others in which, despite the prejudicial relationship between the objects of the proceedings, not all the subjects of both cases coincide.

Title: *The Extension to Third Parties of the Positive Res Judicata of the Civil Prejudicial Resolution*

-

Palabras clave: cuestión prejudicial civil, cosa juzgada, intervención de terceros, derecho de defensa.

Keywords: *incidental civil question, res judicata, third party interaction, right of defense*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i2.09

InDret

2.2021

Recepción
25/01/2021
-
Aceptación
23/02/2021
-

Índice

-
1. Planteamiento de la cuestión
2. Fundamento y requisitos de la cosa juzgada en los supuestos de prejudicialidad civil
3. Coincidencia parcial entre los objetos de los procesos prejudicial y principal
4. Extensión subjetiva de los efectos de cosa juzgada de la resolución prejudicial civil
4.1. Contenido
4.2. Límites a la ampliación ultra partes de la cosa juzgada
a. Conocimiento de la existencia del proceso prejudicial
b. Viabilidad de la intervención de terceros en el proceso prejudicial
c. Posibilidad de una defensa adecuada y efectiva
4.3. Algunos supuestos de extensión de la cosa juzgada a terceros no contemplados en el art. 222 LEC.
5. Conclusiones
6. Bibliografía
-

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

1. Planteamiento de la cuestión.

En los supuestos de prejudicialidad civil en un proceso también civil, uno de los problemas que se plantean alude a la vinculación de la resolución prejudicial en el proceso principal. Una vez terminado con resolución firme el procedimiento prejudicial y reemprendida la tramitación del proceso hasta entonces suspendido, es necesario determinar las consecuencias que aquella resolución puede tener en este último. El juez civil se enfrenta en estos casos a una doble alternativa que puede expresarse en los siguientes términos. Bien apartarse de la resolución prejudicial civil obtenida. Bien no prescindir de dicha resolución en la decisión de la cuestión principal del proceso. De entre las dos soluciones posibles abogamos por la segunda expuesta ya que entendemos que con carácter general la resolución prejudicial vincula al órgano jurisdiccional civil. De lo que se trata es de justificar y delimitar la existencia de esta vinculación. Indudablemente consiste en una materia de muy difícil concreción, a la que tampoco ha ayudado el silencio del legislador sobre este aspecto de la prejudicialidad civil. Basta con leer los artículos de la actual ley procesal civil dedicados a las cuestiones prejudiciales (40 a 43) para comprobar que sólo el 42 hace referencia a la vinculación del tribunal civil a la decisión de la cuestión prejudicial administrativa o laboral por parte del órgano correspondiente. Sin embargo, el precepto que regula las cuestiones prejudiciales civiles (art. 43) no alude en ningún momento a las repercusiones que puede ejercer en el proceso principal la resolución prejudicial.

2. Fundamento y requisitos de la cosa juzgada en los supuestos de prejudicialidad civil

Desde nuestro punto de vista, la vinculación del órgano jurisdiccional civil de la cuestión principal a la resolución de la cuestión prejudicial también civil debe conectarse con el concepto de cosa juzgada positiva. Ante el vacío legal del art. 43 LEC sobre los efectos vinculatorios de la resolución prejudicial, entendemos que la justificación de los mismos debe fundarse en alguna figura ya existente en el ordenamiento jurídico que le proporcione cobertura legal. Y la mejor institución que podemos encontrar en este sentido es la eficacia de cosa juzgada.

Así, el condicionamiento de un tribunal civil a una resolución igualmente civil sólo puede presentarse en determinadas hipótesis, concretamente cuando puede entrar en juego o hubiese podido entrar la eficacia mencionada. Esto es, el juez civil principal únicamente puede quedar vinculado a una resolución firme que dirime una cuestión prejudicial civil siempre que esta resolución sea susceptible de producir cosa juzgada y los efectos positivos de cosa juzgada de esta resolución afecten a algún elemento del proceso principal.

La razón de supeditar la eficacia de la resolución de una cuestión prejudicial civil al concepto de cosa juzgada se encuentra en la protección del derecho de defensa de las partes del proceso principal. La vinculación de un juez civil a otra resolución civil sin las limitaciones mencionadas podría conducir a ciertos abusos, en tanto en cuanto la parte de un proceso podría verse afectada por la sentencia dictada en otro litigio sin haber podido ser parte en el mismo, lo que vulneraría su derecho de defensa. Circunscribir la vinculación prejudicial civil al ámbito de la cosa juzgada positiva permite asegurar que la vinculación de un tribunal a otra resolución tenga lugar sin dañar las garantías constitucionales de las partes[1].

[1] Léase sobre esta cuestión REYNAL QUEROL (2006), p. 482.

Al mismo tiempo, no puede olvidarse el carácter facultativo que el legislador ha otorgado a la suspensión del proceso civil por prejudicialidad civil. Es cierto que, en este ámbito, la resolución devolutiva de la cuestión prejudicial requiere la concurrencia de una serie de requisitos, a saber, la solicitud de suspensión a instancia de parte y que la cuestión prejudicial sea relevante para dirimir la cuestión principal. Sin embargo, la presencia de las circunstancias expuestas no siempre conduce a la paralización de las actuaciones civiles ya que no obliga al juez a acordar la devolutividad prejudicial, sino que el art. 43 LEC le reconoce la potestad de decidir sobre la oportunidad o no de resolver la cuestión prejudicial aplicando este sistema. Así se desprende de los términos que utiliza el precepto cuando establece que el órgano jurisdiccional civil "podrá mediante auto decretar la suspensión". Por consiguiente, aunque concurran todos los requisitos necesarios que hacen posible la aplicación del régimen devolutivo para resolver la cuestión prejudicial civil, es el órgano jurisdiccional quien en último término decide la pertinencia o no de este sistema, tomando en consideración la conveniencia de la suspensión de las actuaciones civiles. De este modo, admitiendo que la paralización procedimental comporta un riesgo para la garantía de un proceso sin dilaciones indebidas, a la hora de acordarla, el juez debe valorar detenidamente si merece la pena, de acuerdo con las circunstancias del caso, proceder a parar el curso de la tramitación.

Y precisamente, un grupo de supuestos en los cuales la inconveniencia de la suspensión sería más evidente lo integrarían aquellos casos en que la resolución prejudicial dictada en el procedimiento correspondiente no pudiera ejercer en el juez de la cuestión principal ninguna clase de vinculación. Esto es, supuestos en los que no concurren los requisitos de la cosa juzgada positiva[2]. Por lo tanto, no es que la vinculación de lo resuelto en el proceso prejudicial derive de la institución de la prejudicialidad civil, de modo que si se suspende el proceso es porque lo resuelto prejudicialmente vincula al tribunal pues de otra forma no tendría sentido suspender el procedimiento prejudicialidad. Sino todo lo contrario. El juez civil, al no quedar obligado a suspender el proceso por prejudicialidad, puede evitar suspensiones inútiles de las actuaciones justamente en aquellos supuestos en que no concurren los requisitos necesarios para que el tribunal quede vinculado a la resolución prejudicial.

La existencia de la cosa juzgada positiva, sin embargo, depende de dos elementos fundamentales, uno objetivo y otro subjetivo. El primero requiere que el objeto del segundo proceso comprenda el objeto del proceso donde se ha producido la cosa juzgada, de forma que éste aparezca como un antecedente lógico de aquél. El segundo de los elementos mencionados es más problemático, ya que consiste en determinar la extensión subjetiva de la eficacia positiva de la cosa juzgada, esto es, en establecer cuáles son los sujetos que pueden verse afectados por la cosa juzgada de una sentencia.

Así pues, a la hora de determinar la posible vinculación de la resolución prejudicial en el proceso principal, es necesario analizar en que supuestos concurren los requisitos mencionados de la cosa juzgada positiva y establecer cómo se concretan en el ámbito de la prejudicialidad civil.

[2] Véase REYNAL QUEROL (2006), pp. 295-298, 482.

3. Coincidencia parcial entre los objetos de los procesos prejudicial y principal

Desde el punto de vista objetivo, la eficacia de la cosa juzgada positiva exige la identidad parcial entre el objeto del proceso en el que se ha dictado la sentencia que despliega dicha eficacia y el objeto del segundo proceso. Esto es, que el objeto del primer proceso en que ha tenido lugar la sentencia con cosa juzgada constituya un antecedente lógico del segundo.

Si el requisito mencionado lo trasladamos al ámbito de la prejudicialidad civil en un proceso civil, parece evidente la existencia de dicha conexión entre los objetos de ambos procesos, el prejudicial y el principal. En efecto, si nos encontramos ante una cuestión prejudicial civil que puede llegar a suspender el proceso civil principal en el que ha surgido es que se trata de una cuestión prejudicial relevante para dirimir la cuestión principal, es decir, necesaria para decidir esta última. De lo expuesto se infiere claramente la relación lógica necesaria entre los objetos prejudicial y principal para que pueda manifestarse entre ambos la eficacia positiva de la cosa juzgada.

4. Extensión subjetiva de los efectos de cosa juzgada de la resolución prejudicial civil

4.1. Contenido

Desde la perspectiva de los sujetos, la delimitación de la extensión de la eficacia positiva de la cosa juzgada resulta más compleja. Lo demuestra la falta de unanimidad en la doctrina a la hora de concretar los sujetos a los que se puede extender dicha eficacia.

Según una visión restrictiva del alcance subjetivo de la cosa juzgada positiva, dicha eficacia únicamente afecta a las partes del proceso pero no se extiende a terceros que no han litigado en el mismo, salvo si lo establece una disposición legal. Así pues, se trata de una postura que limita la eficacia positiva de la cosa juzgada estrictamente a aquellos supuestos en los que concurren las identidades objetiva y subjetiva previstas en el art. 222.4 LEC, esto es, cuando los objetos de ambos procesos coinciden parcialmente y las partes son las mismas o la cosa juzgada se extiende a ellas como consecuencia de alguna norma. El fundamento esgrimido para sustentar dicha exigencia se encuentra en la garantía de audiencia y contradicción. Así, se pretende evitar que una resolución judicial favorezca o perjudique a sujetos que no han tenido oportunidad de participar en el proceso en el que se ha dictado aquella resolución[3].

[3] En este sentido, pueden leerse BOQUERA OLIVER (1995), pp. 143-144; GARNICA MARTÍN (2000), p. 867; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, GONZÁLEZ NAVARRO (2002), p. 311; DE LA OLIVA SANTOS (2005), pp. 119 y ss.

En la jurisprudencia pueden leerse, entre otras, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: STS, 1ª, 2.4.2014 (La Ley 42; MP: Francisco Marín Castán); STS, 1ª, 30.11.2015 (La Ley 662; MP: Antonio Salas Carceller); STS, 1ª, 10.10.2019 (La Ley 529; MP: Antonio Salas Carceller). Igualmente, las siguientes sentencias recientes de las Audiencias Provinciales: SAP Madrid, Civil Sec. 21ª, 11.12.2019 (La Ley 42; MP: Juan José Sánchez Sánchez); SAP Illes Balears, Civil Sec. 4ª, 21.10.2020 (La Ley 451; MP: Mª Pilar Fernández Alonso).

En cambio, los autores que mantienen una interpretación más extensiva de la cosa juzgada vienen a defender la extensión de dicha eficacia a todos los sujetos, hayan sido parte o no en el proceso. Así pues, según esta postura, no pueden establecerse excepciones al alcance subjetivo de la cosa juzgada, que opera tanto para las partes como para los terceros. La razón que esgrimen los partidarios de esta interpretación para defender una eficacia tan amplia de la cosa juzgada radica en evitar la inseguridad jurídica que en caso contrario se produciría al poder celebrarse un segundo proceso sobre la misma cuestión ya resuelta en otro litigio anterior[4]. Ciertamente, con esta interpretación de la cosa juzgada, se reduce de forma notable la probabilidad de obtener sentencias contradictorias, pero, por el contrario, se incurre en el riesgo de lesionar el derecho de defensa del tercero, que se ve afectado por una sentencia dictada en un proceso en el cual él no ha sido parte y, por consiguiente, no ha podido defenderse. Una solución que puede sopesarse para garantizar el derecho de defensa de estos terceros, pasa por iniciar, con posterioridad, otro proceso declarativo ordinario que analice el problema del tercero[5]. Hoy por hoy, al menos en el marco del ordenamiento jurídico español, ésta sería la única posibilidad viable, si tenemos en cuenta que la regulación del proceso de revisión civil, otro mecanismo que en su caso podría utilizarse, no contempla ningún motivo que se ajuste a la situación aquí tratada, y en la LEC tampoco existe un mecanismo de oposición de terceros a la cosa juzgada similar al de otros ordenamientos de derecho comparado. Sin embargo, el mayor inconveniente que presenta la tramitación de un procedimiento posterior es su elevado coste económico y temporal, ya que supone que los litigantes del primer proceso, en el que se ha dictado la sentencia con efectos de cosa juzgada y que probablemente ya han pasado varios años pleiteando, tengan que esperar a que se resuelva el proceso planteado por el tercero[6].

Una tercera posibilidad en la cuestión de la extensión subjetiva de la cosa juzgada sería mantener una postura intermedia entre las dos expuestas. Así, desde nuestro punto de vista, la eficacia de cosa juzgada puede afectar tanto a las partes del proceso en que se ha dictado la sentencia, como a aquellos terceros contemplados en la Ley, y, también, aunque sólo en determinados supuestos, a otros terceros que no han litigado en el proceso y a los que tampoco la Ley prevé una extensión *ultra partes* de la cosa juzgada[7].

---

[4] Léase en este sentido NIEVA FENOLL (2006), pp. 204-208.

[5] La posibilidad de que el tercero inicie un proceso declarativo ulterior con la finalidad de que la sentencia dictada no le afecte, la defienden, aunque en otro orden de cosas, SERRA DOMÍNGUEZ (1971), p.598; PÉREZ DAUDÍ (2000), p.58; NIEVA FENOLL (2006), pp .212-213.

[6] Véase NIEVA FENOLL (2006), p. 213.

A la vista de lo expuesto, el autor es más partidario de introducir nuevas figuras procesales que sirvan para salvaguardar el derecho de defensa de los terceros afectados por una sentencia dictada en un proceso en el que no han litigado, como podría ser un medio de impugnación a través del cual el tercero solicitase la revisión de la resolución dictada en el proceso que se tramitó sin él. Véase NIEVA FENOLL (2006), pp. 213, 224, 225.

La idea de conceder al tercero la posibilidad de impugnar la sentencia para evitar la producción de los efectos de la cosa juzgada, ya la planteaba SERRA DOMÍNGUEZ (1981), p. 691.

[7] *Vid*. REYNAL QUEROL (2015), pp. 209 y ss.

La jurisprudencia también ha admitido el efecto expansivo de la sentencia cuando concurren algunos de los requisitos de la cosa juzgada pero no todos, afirmando que el hecho de concurrir la totalidad de dichos requisitos no impide la vinculación entre uno y otro asunto. Pueden leerse, entre otras, la STS, 1ª, 3.11.1993 (Ar. 8571; MP: Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa); STS, 1ª, 24.9.1998 (Ar. 7436; MP: Pedro González Poveda); STS, 1ª, 4.6.2010 (La Ley 371; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos), STS, 1ª, 30.12.2010 (La Ley 855; MP: José Ramón Fernándiz Gabriel); STS, 1ª, 23.5.2011 (La Ley 619; MP: José Ramón Fernándiz Ga-

Estos dos últimos, son supuestos en los que, pese a la relación de prejudicialidad entre los objetos de los procesos, no coinciden todos los sujetos de ambos asuntos. Si bien algunos de estos casos están establecidos legalmente como casos de extensión de la cosa juzgada *ultra partes* y no plantean problemas, otros, como apuntábamos, no, y obviamente son los que pueden generar más controversia.

Más si tenemos en cuenta que cuando no coinciden los sujetos del proceso prejudicial y del proceso principal, la posible extensión de la cosa juzgada del primero en el segundo puede plantear cierta colisión entre dos principios de reconocimiento constitucional: por un lado, la necesidad de seguridad jurídica que garantiza la cosa juzgada evitando la reiteración de pronunciamientos judiciales sobre cuestiones idénticas, y por otro, el principio de defensa, en virtud del cual nadie puede ser condenado sin ser oído antes en juicio[8].

Tomando en consideración lo acabado de exponer, nos parece razonable que en algunos supuestos se extienda la eficacia de cosa juzgada de la resolución prejudicial a terceros no incluidos en la ampliación legal *ultra partes* de la cosa juzgada[9]. Dicha extensión, obviamente, debe ser compatible con la garantía de defensa de los terceros y por consiguiente debe quedar sometida a la concurrencia de la siguiente condición: que el sujeto del proceso principal que no participa en el prejudicial hubiera podido participar en el mismo[10]. Éste constituye el límite infranqueable para una extensión *ultra partes* de la cosa juzgada ya que avala el encaje de dicha extensión con el sistema de garantías constitucionales. En las páginas que siguen pasamos a analizar el contenido de la limitación mencionada.

---

briel). Igualmente, la SAP Asturias, Civil Sec1ª, 18.1.2000 (Ar. 212; MP: Guillermo Sacristán Represa); SAP Asturias, Civil Sec. 5ª, 17.9.2007 (AR. 50722; MP: MªJosé Pueyo Mateo).

[8] *Vid*. TAPIA FERNÁNDEZ (2006), pp. 47-48.

[9] Algunos autores distinguen entre la extensión a terceros de la eficacia positiva de la cosa juzgada y la eficacia refleja de la sentencia. En este sentido, pueden leerse GARNICA MARTÍN (2000), p. 882; ROSENDE VILLAR (2001), pp. 495 y ss.; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ (2002a), pp. 270-271; GRANDE SEARA (2008), pp. 59-64.

Una de las diferencias que defienden entre ambas figuras se refiere a los sujetos afectados. Entienden que, mientras la cosa juzgada afecta a las partes y a aquellos terceros previstos en la Ley, la eficacia refleja afecta a los terceros titulares de una relación jurídica conexa con la juzgada, aunque no haya identidad de partes entre ambos procesos (GONZÁLEZ PILLADO, 2006, pp. 214-218; GRANDE SEARA, 2008, pp. 60-61).

Otra diferencia que resaltan entre las dos figuras mencionadas alude a cómo se manifiestan. En su opinión, la sentencia que proyecta su eficacia refleja sobre un ulterior proceso actúa en éste como mero hecho jurídico, de modo que la parte de ese nuevo proceso a la que perjudique la sentencia puede tratar de enervar sus efectos alegando nuevos hechos y utilizando los medios de prueba que considere oportunos. En cambio, cuando se dan las condiciones para que opere la eficacia positiva de la cosa juzgada, el tribunal que conoce del proceso sobre la relación dependiente queda vinculado por lo decidido en la sentencia precedente (GRANDE SEARA, 2008, pp. 61-62).

[10] En opinión de GARNICA MARTÍN (2000), p. 883, "se impone poner en tela de juicio la extensión pura y simple de los efectos del proceso a los terceros titulares de relaciones jurídicas dependientes o conexas, debiendo acudirse a los instrumentos de tutela de los derechos del tercero, que en el caso italiano alcanzan a la oposición del tercero a la cosa juzgada y en el nuestro se quedan en la posibilidad de intervención procesal".

El TC también se ha pronunciado sobre esta cuestión afirmando que la extensión de los efectos de una sentencia al tercero no puede tener lugar sin haber este podido participar al proceso. Entre otras, pueden leerse en este sentido las sentencias 58/1988 de 6 de abril y 171/1991 de 16 de septiembre.

4.2. Límites a la ampliación ultra partes de la cosa juzgada

Como ha quedado apuntado, la extensión a terceros no contemplados en la ley de la eficacia de cosa juzgada de la resolución prejudicial únicamente puede mantenerse respetando el derecho de defensa de aquéllos. Sólo si los terceros participaron o pudieron participar en el proceso prejudicial pueden verse vinculados por la sentencia dictada en este litigio. Debe tratarse de una posibilidad de participación efectiva en el proceso, para lo cual deben cumplirse unos requisitos: a) que el tercero hubiera tenido conocimiento del proceso prejudicial; b) que hubiera podido intervenir en él; c) y, en caso de hacerlo, que hubiera podido defenderse adecuadamente.

a. Conocimiento de la existencia del proceso prejudicial.

El conocimiento de la existencia del proceso es imprescindible para que el tercero pueda incorporarse en el mismo. El cumplimiento de este requisito exige que la pendencia del proceso se haya comunicado expresamente al tercero. Por regla general, ello significa haber llevado a cabo dicha comunicación a través de la notificación prevista en el art. 150.2 LEC ya que, en principio, constituye el cauce más habitual de dar noticia de la existencia de un proceso a determinadas personas a fin de que en su caso intervengan en el mismo.

En efecto, el tenor literal del precepto permite al juez acordar la notificación de la pendencia del proceso a las personas que puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare. Del redactado de la norma se desprende que los destinatarios de la comunicación son, por tanto, terceros. El juez, a la hora de decidir la notificación, debe tener constancia de la existencia de aquéllos, además de valorar su relación con el objeto del proceso y la afectación que les puede causar la sentencia que se dicte[11].

Los supuestos que nos ocupan en este trabajo cumplen con los tres requisitos expuestos para la procedencia de la comunicación por parte del juez de la pendencia del proceso: existencia de terceros, conexión entre objetos y riesgo de afectación de la sentencia. Esto es, los sujetos que son parte en el proceso principal pero no litigan en la causa prejudicial, son personas titulares de una relación jurídica conexa objetivamente con el objeto de esta última. De este modo, el órgano jurisdiccional que tramita la causa prejudicial, después de valorar las circunstancias concurrentes en el proceso y de identificar a aquellos terceros como susceptibles de verse afectados por la resolución que le ponga fin, debería comunicarles la existencia del litigio.

El propósito de la notificación es facilitar la información necesaria al tercero para que, si lo considera oportuno, pueda intervenir en el proceso y defender sus derechos e intereses. Es por este motivo que en la comunicación deben constar, en primer lugar, los datos esenciales que identifican al proceso pendiente, es decir, las partes, el *petitum* y la *causa petendi*. Al mismo tiempo, coincidimos con un sector de la doctrina, en la necesidad de también hacer referencia en la comunicación al estado procesal en que se halla el litigio, a fin de que el tercero, con todos los datos relativos a la causa, pueda decidir aquello que más le convenga[12].

---

[11] *Vid*. RODRÍGUEZ MERINO (2000), pp. 1000-1003; GASCÓN INCHAUSTI (2000), pp. 644-646; PILLADO GONZÁLEZ (2009), p. 206.

[12] *Vid*. GASCÓN INCHAUSTI (2000), p. 647; PILLADO GONZÁLEZ (2009), p. 207.

En suma, si el juez del proceso prejudicial utilizó el mecanismo del art. 150.2 LEC y notificó al tercero la existencia del proceso por considerarlo una de las personas que podían verse afectadas por la resolución que en su momento se dictara, el tercero no podrá alegar el desconocimiento del proceso prejudicial[13], y concurrirá el primer requisito necesario para la extensión de la cosa juzgada de la sentencia dictada en este último.

El conocimiento de la existencia del proceso por parte del tercero garantiza que tuvo posibilidades de defender sus intereses y, por consiguiente, avala la extensión a este sujeto de los efectos de la sentencia dictada, sin riesgo de vulnerar la garantía del derecho de defensa. En nuestra opinión, lo acabado de exponer no queda alterado por el hecho de considerar la notificación del art. 150.2 LEC como una mera comunicación de la pendencia de la causa y no como una llamada al tercero al proceso, ni tampoco por el hecho de que el tercero finalmente decida no actuar y no instar su intervención en el proceso pendiente[14].

Ahora bien, si el tercero demuestra que ignoraba la pendencia de dicho proceso, porque la notificación no tuvo lugar o bien se realizó defectuosamente, con la consiguiente imposibilidad de intervenir y defenderse en él, la resolución prejudicial dictada no podrá desplegar eficacia de cosa juzgada en el proceso principal en el que el tercero es parte.

b. Viabilidad de la intervención de terceros en el proceso prejudicial.

Como es sabido, la posibilidad de un tercero de intervenir voluntariamente en un proceso viene reconocida en el art. 13 LEC. El precepto admite dicha intervención mientras esté pendiente el procedimiento y sólo exige al tercero que acredite tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito. En el supuesto que ahora analizamos partimos de la existencia de dos procesos: uno, el principal, en el que el tercero es parte, y otro, el prejudicial, el objeto del cual es antecedente lógico del primero y en el que el tercero no litiga. Aunque el tercero no es cotitular de la relación jurídica debatida en el proceso prejudicial, sí que lo es de otra conexa y dependiente de la misma que puede verse afectada por la sentencia prejudicial recaída en aquél. Por consiguiente, su interés directo y legítimo en el objeto prejudicial es indudable y su posibilidad de incorporarse en el proceso también[15]. Así pues, siendo factible la intervención del tercero en la causa prejudicial puede afirmarse sin problema la concurrencia del segundo requisito necesario para la extensión de la eficacia de la cosa juzgada.

---

[13] *Vid*. en este sentido GONZALEZ PILLADO (2006), p. 223.

[14] Una postura contraria a la expuesta puede leerse en PILLADO GONZÁLEZ (2009), p. 207.

[15] La posibilidad de intervención de un tercero titular de una relación jurídica conexa con la debatida en el proceso donde solicita su incorporación es ampliamente admitida por la doctrina bajo la denominación de intervención adhesiva simple. *Vid*. entre otros a LORCA NAVARRETE (2000), p. 192; GARNICA MARTÍN (2000a), p. 197; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZA (2002A), p. 270; RAMOS MÉNDEZ (2008), p. 1003; ORTELLS RAMOS (2019), pp. 156-158; CACHÓN CADENAS (2020), p. 134.

En el mismo sentido, *vid*., entre otras, la SAP Ciudad Real, Civil Sec. 1ª, 6.11.2006 (La Ley 326; MP: José Mª Torres Fernández de Sevilla); SAP Salamanca, Civil, 17.4.2009 (La Ley 148; MP: José Ramón González Clavijo); SAP Barcelona, Civil Sec. 13ª, 12.6.2012 (La Ley 353; MP: Fernando Utrillas Carbonell); SAP Madrid, Civil Sec. 14ª, 27.3.2014 (La Ley 103, MP: Amparo Camazón Linacero); SAP Madrid, Civil Sec. 13ª, 9.4.2015 (La Ley 129; MP: José González Olleros).

c. Posibilidad de una defensa adecuada y efectiva.

Cuestión distinta, y seguramente más discutible, es, una vez admitida la posibilidad de la intervención del tercero en el proceso prejudicial, determinar las opciones que hubiera tenido de defenderse de forma adecuada y conveniente. La extensión de los efectos de cosa juzgada de la resolución prejudicial al tercero que litiga en el proceso principal pero que no lo hizo en el prejudicial, requiere que el tercero, en el caso de haberse incorporado en este último, hubiera podido llevar a cabo una defensa oportuna.

En este punto, adquiere gran importancia la regulación que realiza la LEC de las facultades procesales que se reconocen al interviniente en un procedimiento. Así, el régimen que establece la norma procesal para la intervención de terceros se compone de una regla general y de una excepción a ella.

La regla general en el tratamiento procesal de la intervención del tercero viene presidida por el principio de la no retroacción de las actuaciones. Ello significa que el que interviene debe aceptar el proceso en el estado en que se encuentre, sin que sea admisible que el mismo retroceda para llevar a cabo actuaciones cuya posibilidad de ejercicio ya ha precluído[16].

Cuando el tercero puede incorporarse en un momento inicial del proceso, la regla de la no retroacción va a tener una escasa afectación en las posibilidades de defensa del interviniente, puesto que va a gozar de casi todas las oportunidades previstas en el proceso para defender sus intereses. Así, en el supuesto que analizamos, si el tercero tenía conocimiento del proceso prejudicial desde un principio y, por ejemplo, hubiera podido incorporarse en él como demandado después de la demanda, hubiera podido realizar, sin ningún problema, la contestación a la demanda y la proposición y práctica de la prueba. Al no haber pérdida de oportunidades de defensa a causa del momento de incorporación del tercero en el proceso prejudicial, no hubiera habido obstáculo alguno para la extensión de la cosa juzgada de la resolución prejudicial en el proceso principal.

En cambio, cuando el tercero no puede intervenir en el proceso hasta un momento avanzado de su tramitación, sus opciones de defensa se ven claramente limitadas. Es por esta razón que el principio de prohibición de la retroacción no es absoluto sino que el legislador establece una matización del mismo cuando contempla la posibilidad de que el interviniente realice las alegaciones necesarias para su defensa que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso[17].

---

[16] *Vid*. LORCA NAVARRETE (2000), p. 194; GARNICA MARTÍN (2000a), p. 205; GONZÁLEZ PILLADO (2006), p. 179.

[17] Entre las explicaciones a esta excepción a la regla general pueden destacarse dos.

Por un lado, según GARNICA MARTÍN (2000a), p. 206, "sin ofrecer al interviniente esa posibilidad de formular alegaciones la utilidad de la intervención sería muy limitada". Además, "si se piensa en las importantes consecuencias que la intervención puede comportar para el interviniente, sería irrazonable que tan siquiera se le permitiera exponer sus razones para intervenir".

Por otro, en opinión de GONZÁLEZ PILLADO (2006), p. 179, "el legislador lo que está haciendo es desvincular la regla de la no retracción de las actuaciones y el principio de preclusión de las alegaciones, esto es, que una no conlleve automáticamente la otra y que puedan compaginarse, permitiendo al interviniente, convertido en parte sobrevenida, la realización de alegaciones cuando entre en el proceso una vez haya

El contenido y alcance que se dé en estos casos a la posibilidad de realizar alegaciones por parte del interviniente, nos indicará la amplitud y calado de la defensa que hubiera podido realizar, y de ello va a depender el grado de vinculación del tercero a la resolución dictada en el proceso en el que intervino o pudo intervenir tardíamente.

La retroacción en la introducción de alegaciones que recoge el art. 13 LEC debe interpretarse en un sentido flexible. La ley prevé una retroacción amplia que permite al interviniente hacer las alegaciones necesarias para su defensa y que no hubiere efectuado por corresponder a momentos anteriores a su admisión en el proceso. Por consiguiente, la extensión temporal de la retroacción llega a cualquier oportunidad de alegación anterior a la admisión del tercero en la causa[18].

El núcleo de la cuestión, no obstante, radica en determinar las facultades que tiene reconocidas el tercero cuando obtiene la retroacción de las actuaciones. Esto es, en un supuesto de prejudicialidad civil, las facultades que hubiera tenido el litigante del proceso principal si hubiera participado en la causa prejudicial. En concreto, resulta imprescindible determinar si las facultades mencionadas incluyen tanto la capacidad de efectuar alegaciones como también la idoneidad de aportar y practicar los medios de prueba pertinentes para la corroboración de aquéllas.

El tenor literal de la ley procesal civil habla de la posibilidad de realizar las alegaciones necesarias para su defensa. Consiguientemente, es indiscutible que el tercero, en el caso de incorporarse con retraso en el proceso prejudicial, hubiera podido introducir aquellas declaraciones que hubiere considerado pertinentes para la protección de su interés. Ello incluye el poder hacer uso de todos los medios de ataque y de defensa que considere oportunos, bien de carácter procesal (como la oposición de excepciones procesales), bien de naturaleza material (como la introducción de todo tipo de hechos)[19].

La Ley exige dar traslado a las demás partes de la alegación efectuada para que declaren lo que crean conveniente. Indudablemente, el respeto a la garantía de audiencia y contradicción requiere que el tribunal, antes de decidir sobre la pertinencia y necesidad de la alegación del ter-

---

pasado el trámite o momento procesal para hacerlas, posibilitándole con ello ejercitar plenamente su derecho de defensa". En este sentido, *vid*. también OROMÍ VALL-LLOBERA (2007), p. 74.

[18] *Vid*. GONZÁLEZ PILLADO (2006), p. 79; OROMÍ VALL-LLOBERA (2007), p. 75; ORTELLS RAMOS (2018), p. 154.

En contra de esta postura, se encuentra la posibilidad de interpretar de forma limitada el precepto y entender que la retroacción sólo abarca el tiempo que media entre la solicitud de intervención y la admisión de la misma. De este modo, las alegaciones que podría realizar el tercero interviniente deberían circunscribirse únicamente a las que no pudo efectuar en dicho período de tiempo. Sin embargo, des del punto de vista del derecho de defensa del tercero, esta postura no parece tan acertada como la que extiende la retroacción a cualquier momento anterior incluso si es previo a la solicitud de intervención.

[19] Dichas manifestaciones no pueden suponer lógicamente una modificación del objeto del proceso. *Vid*. GONZÁLEZ PILLADO (2006), p. 184; OROMÍ VALL-LLOBERA (2007), p. 75.

Además, teniendo en cuenta que el tercero no tiene un conocimiento amplio del contenido del proceso, y ante el silencio de la ley en este punto, parece razonable darle al interviniente un plazo de veinte días para realizar las alegaciones extemporáneas, dado que es el mismo periodo de tiempo que dispone el demandado para contestar a la demanda. Así, *vid*. GARNICA MARTÍN (2000a), p. 206; GONZÁLEZ PILLADO (2006), p. 184.

cero, escuche las consideraciones que acerca de esta cuestión realicen las partes originarias y el propio interviniente.

De este modo, las facultades del tercero de introducir en el proceso las manifestaciones que estime oportunas no quedan afectadas por el momento en que tenga lugar su incorporación en la causa. Si cuando interviene, la fase de alegaciones todavía no ha terminado, obviamente gozará de las oportunidades de defensa propias de este estadio del proceso. Si, en cambio, al tiempo de su incorporación dicha fase ya ha finalizado, podrá acogerse a la retroacción prevista en el art. 13 LEC.

La Ley, sin embargo, no alude a la posibilidad de que las alegaciones introducidas por el tercero se acompañen, también de forma extemporánea, con los medios de prueba correspondientes. Consiguientemente, la oportunidad que hubiera tenido el tercero de realizar retroactivamente en la causa prejudicial las alegaciones necesarias para su defensa correspondientes a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso, no hubieran comprendido la facultad de proponer y practicar prueba[20].

Así pues, y a diferencia de lo que ocurre con las declaraciones del tercero, sus facultades de utilizar los medios de prueba que considere pertinentes sí se ven alteradas por el momento en que se efectúa su intervención. De esta suerte, mientras el tercero hubiera podido introducir sus alegaciones de forma extemporánea en el proceso prejudicial, dichas alegaciones sólo hubieran podido comportar proposición probatoria si todavía no hubiera finalizado el momento procesal oportuno para realizar tal proposición de prueba[21]. Por contra, una vez precluída dicha oportunidad, el tercero no hubiera podido plantear la práctica de medios probatorios.

De lo acabado de exponer se desprende una clara pérdida de oportunidades de ataque y de defensa para el tercero a causa del momento de su posible incorporación al proceso prejudicial. Las limitaciones en la defensa del tercero repercuten en la extensión de la cosa juzgada positiva de la resolución prejudicial. En este sentido, la cosa juzgada de dicha resolución únicamente puede tener lugar si el tercero hubiera podido realizar un debate con plenitud de oportunidades de alegación y prueba, y en cambio no despliega dicha eficacia si el tercero no hubiera podido disponer plenamente de estas ocasiones[22].

---

[20] No existe unanimidad en la doctrina a la hora de determinar si la actividad probatoria queda incluida dentro de las facultades de alegación que el art. 13 LEC reconoce de forma retroactiva al tercero interviniente.

Para un grupo de autores, si bien el precepto se refiere sólo a las alegaciones, el tercero también podrá proponer y practicar prueba cuando las alegaciones que realice supongan una aportación de hechos al proceso, ya que otra solución vulneraría el derecho de defensa del interviniente. *Vid*. en este sentido GARNICA MARTÍN (2000a), p. 206; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ (2000a), p. 274; GONZÁLEZ PILLADO (2006), p. 180.

En cambio, para otro sector doctrinal, el art. 13 LEC no permite la proposición y la práctica de prueba extemporánea, dado que, de admitirse, el criterio general de no retroacción de actuaciones se convertiría en la excepción. *Vid*. LORCA NAVARRETE (2000), p. 195; OROMÍ VALL-LLOBERA (2007), pp. 77-78; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ (2013), p. 226.

[21] *Vid*. en este sentido OROMÍ VALL-LLOBERA (2007), p. 121.

[22] Así GRANDE SEARA (2008), p. 204; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ (2013), p. 225. Ambos descartan la vinculación del tercero a lo decidido en la sentencia si el tercero alega y acredita que en el proceso anterior no pudo defender adecuadamente su interés e influir en la determinación del contenido de la sentencia.

Los supuestos en los que el tercero hubiera visto limitadas sus facultades de defensa debido al momento de su posible incorporación en la causa prejudicial pueden resumirse en los siguientes.

Primero. Supuesto en que el tercero hubiera podido intervenir en el proceso prejudicial después de la demanda y de la contestación a la demanda pero antes de la audiencia previa o de la vista del juicio verbal. En este caso, no hubiera podido presentar los medios de prueba que acompañan estos escritos, como podrían ser los documentos, dictámenes periciales o soportes informáticos o audiovisuales que fundamentan las alegaciones relativas a las pretensiones del actor o del demandado. En cambio, sí que hubiera podido proponer las pruebas que pueden introducirse en la audiencia previa y practicarlas en el juicio, o en el caso de un proceso verbal, plantearlas y llevarlas a cabo en la vista. Del mismo modo, el tercero hubiera podido servirse de las diligencias finales si su petición se hubiera ajustado a alguno de los supuestos previstos en el art. 435 LEC.

En estos supuestos, entendemos que la cosa juzgada positiva de la sentencia dictada en la causa prejudicial podrá desplegar su eficacia en el proceso principal en el que litiga el tercero si se cumple la condición de una defensa adecuada y efectiva de este último. Es decir, siempre y cuando las oportunidades probatorias de las que, en el proceso prejudicial, pudo disponer el interviniente hubiesen sido completas para defender su interés.

Ahora bien, no puede afirmarse lo mismo si el tercero puede justificar, en la causa que litiga, que dispone, bien de pruebas nuevas, bien de pruebas que hubiera tenido que presentar con la demanda o con la contestación en el proceso prejudicial pero que no lo hubiera podido hacer por preclusión a causa del momento procesal de incorporación en aquél[23]. En estas circunstancias, ante la pérdida de oportunidades de defensa que el tercero hubiera sufrido en el proceso prejudicial, la sentencia dictada en este último no podría extender su eficacia de cosa juzgada en el litigio principal todavía pendiente.

Segundo. Supuesto en que el tercero no hubiera podido intervenir en el proceso prejudicial hasta después de la audiencia previa o de la vista del juicio verbal. En este caso, no hubiera podido presentar las pruebas correspondientes a los escritos de demanda y contestación ni tampoco proponer en la audiencia previa, o en su caso en la vista verbal, los medios oportunos. La única actividad probatoria que le hubiera quedado hubiera sido aprovechar alguno de los supuestos previstos como diligencias finales.

Por consiguiente, igual que en el caso anterior, consideramos que la sentencia dictada en el proceso prejudicial únicamente podrá tener efectos positivos de cosa juzgada en el proceso principal si el tercero hubiera podido probar adecuadamente sus alegaciones con las facultades probatorias que tuvo a su alcance. Ello no obstante, dichos efectos no podrán obtenerse si, en el proceso en que es parte, el tercero justifica poseer, bien pruebas nuevas, bien pruebas que, pese a disponer de ellas en la causa prejudicial, no hubiera podido presentarlas por haber transcurrido el momento de la demanda, o de la contestación o de la audiencia previa, o de la vista del juicio verbal.

[23] En este sentido se pronuncia ORMAZÁBAL SÁNCHEZ (2013), p. 226.

4.3. Algunos supuestos de extensión de la cosa juzgada a terceros no contemplados en el art. 222 LEC

La práctica forense nos ofrece algunos supuestos que requieren una extensión de la cosa juzgada a terceros que no se encuentran contemplados en el art. 222 LEC. Se trata de supuestos donde el vínculo de prejudicialidad-dependencia entre dos relaciones jurídicas tiene lugar entre sujetos distintos. A la vista de la conexión objetiva citada, son situaciones en las que parece del todo conveniente que lo resuelto en un proceso anterior quede como inmutable en otro posterior del que es antecedente lógico, aunque los sujetos del segundo proceso varíen[24].

Sin embargo, si la función positiva de la cosa juzgada queda circunscrita a los casos en que concurren los dos requisitos clásicos de identidad de sujetos y de conexión lógica entre objetos, los supuestos antes mencionados quedan sin una respuesta razonable y satisfactoria.

La solución propuesta en este trabajo de extender los efectos de cosa juzgada a terceros si se cumplen determinadas condiciones, va en el camino de subsanar el resultado, como veremos insuficiente, que ofrece la visión tradicional de la eficacia positiva de la cosa juzgada en los casos antes referidos. A continuación, y sin ánimo de exhaustividad, analizaremos algunos de los supuestos más usuales en los que precisamente se evidencia la necesidad de una extensión de la cosa juzgada en los términos expuestos. De los distintos supuestos que ofrece la práctica nos centraremos en dos de ellos. Concretamente, abordaremos el caso de la relación jurídica de la fianza y el supuesto del contrato de seguro, sin perjuicio de la existencia de otros ejemplos en que se puede dar la misma problemática[25].

El ámbito de la relación jurídica de la fianza, es uno de los supuestos donde se pone de manifiesto la necesidad de extender los efectos de cosa juzgada. Cuando el acreedor demanda directamente sólo al deudor principal reclamándole el pago de la deuda afianzada, una de las cuestiones que se plantean es la vinculación que va a tener la sentencia dictada en este proceso respecto del fiador que no ha participado en la causa.

Si la eficacia positiva de la cosa juzgada, en lo que se refiere a los terceros, se extiende únicamente a aquellos previstos en el art. 222 LEC, es claro que la sentencia dictada en el proceso entre acreedor y deudor principal no va a vincular al juez que con posterioridad deba resolver el proceso iniciado por ejemplo por el acreedor con el fin que el fiador responda de la deuda ante la insolvencia del deudor. En este sentido, no concurrirían las identidades subjetivas tradicionalmente exigidas, puesto que los sujetos litigantes en ambos procesos, acreedor/deudor y fiador, serían físicamente distintos y no se trataría de un supuesto legal de eficacia *ultra partes* de la cosa juzgada.

Y, sin embargo, atendiendo a la relación de prejudicialidad-dependencia entre ambas causas, parece razonable pensar que la sentencia dictada en la primera (acreedor c. deudor principal)

[24] *Vid*. en este sentido TAPIA FERNÁNDEZ (2006), p. 46.

[25] Así, piénsese, en el ámbito de los casos de evicción, en la sentencia que condene al comprador a la pérdida de la cosa adquirida y en los efectos que la misma puede tener respecto al vendedor en el proceso en el que se deduzca la pretensión de saneamiento. Igualmente, en el marco del subarriendo, el problema puede suscitarse en relación a los efectos para el arrendatario de la sentencia dictada en el proceso iniciado por el arrendador contra el arrendatario.

despliegue algún tipo de vinculación en la segunda (acreedor c. fiador). La relación jurídica de fianza tiene carácter accesorio respecto de la obligación principal, de tal suerte que la primera queda siempre afectada por las variaciones padecidas por la segunda. Dicha conexión entre objetos es lo que explica y hace necesaria, a nuestro modo de ver, la influencia de cosa juzgada que debe tener la sentencia -prejudicial- del proceso entre acreedor y deudor principal en la causa posterior contra el fiador. Ahora bien, el respeto a la garantía constitucional de defensa del fiador, que no ha participado en el proceso prejudicial, naturalmente exige que los efectos de cosa juzgada de la sentencia dictada en esta causa tengan lugar cumpliendo los requisitos analizados en este trabajo.

En lo que se refiere al primer requisito (conocimiento de la existencia del proceso prejudicial), es necesario que al fiador se le hubiere notificado la pendencia del proceso entre acreedor y deudor principal a través de la comunicación prevista en el art. 150.2 LEC. Es lógico y natural que dicha notificación tenga lugar en estos supuestos ya que el fiador es un tercero que no litiga en la causa prejudicial, es titular de una relación jurídica conexa objetivamente con el objeto de esta última, y puede verse afectado por la resolución que le ponga fin. Igualmente, puede afirmarse sin lugar a dudas que la intervención del fiador como tercero en el proceso prejudicial es totalmente viable, cumpliendo de este modo el segundo de los requisitos exigidos para la extensión de la cosa juzgada a terceros. El interés que podría acreditar el fiador para justificar su intervención en el proceso entre acreedor y deudor radicaría en evitar la condena del deudor al que afianza, así como su insolvencia, y con ello su propia condena posterior.

El último requisito que debe concurrir para una extensión de la cosa juzgada consiste en la posibilidad de una defensa adecuada y efectiva del tercero. Esto es, la vinculación de la resolución prejudicial dictada en la causa entre acreedor y deudor principal tendrá lugar en el proceso iniciado contra el fiador si este último, en el caso de haberse incorporado en el otro litigio, hubiera podido llevar a cabo una defensa oportuna. La manera de comprobarlo pasa por analizar su capacidad probatoria en la causa prejudicial.

Así, puede entenderse que la defensa del fiador en esta causa hubiera sido correcta si en el proceso en el que ahora es parte no presenta, ni pruebas nuevas que, por no existir, no hubiera podido presentar en la causa anterior, ni pruebas en su día existentes de las que no hubiera podido disponer en la causa prejudicial por razón del momento en que él se hubiera incorporado en la misma. En estas circunstancias, no disponiendo de estos medios probatorios, puede afirmarse, sin riesgo de afectar la garantía de defensa del fiador, que lo resuelto en la sentencia dictada en el proceso prejudicial entre acreedor y deudor principal extiende sus efectos de cosa juzgada positiva al proceso que con posterioridad se ha iniciado contra aquél. De este modo, si la sentencia dictada en el proceso prejudicial condena al deudor al pago de la deuda porque estima su existencia, validez y cuantía, y desestima las excepciones opuestas, en el proceso que posteriormente incoe el acreedor contra el fiador, este último no podrá discutir aquellos extremos. El fiador quedará vinculado por la existencia e importe de la deuda, sin perjuicio de poder alegar y probar lo que crea oportuno para eludir su responsabilidad frente al deudor principal, puesto que la relación de fianza no fue objeto de enjuiciamiento. Igualmente, en caso de sentencia desestimatoria de la pretensión de condena del acreedor frente al deudor por apreciar alguna de las excepciones del demandado, si después el acreedor se dirige contra el fiador en otro proceso, este último no podrá discutir las excepciones ya juzgadas que eximen al deudor de pagar la deuda, pero sí podrá alegar y demostrar en el nuevo litigio otras excepciones que le excluyan a él de responder de la obligación afianzada.

Por contra, si en el nuevo proceso el fiador justifica tener pruebas nuevas o pruebas de las que hubiera dispuesto en el proceso prejudicial pero no hubiera podido utilizar por haber precluído el momento de hacerlo, debe admitirse en estos casos que su capacidad de defensa en la causa prejudicial hubiera sido insuficiente y, por consiguiente, la sentencia dictada no le podrá afectar. Ello significa que si la sentencia prejudicial condena al deudor al pago de la deuda, en el proceso posterior que el acreedor inicie contra el fiador, este último podrá discutir, para evitar su responsabilidad, la existencia y cuantía de aquella obligación, además de otros argumentos que crea convenientes. Asimismo, en el supuesto de sentencia prejudicial desestimatoria, el fiador, en el proceso posterior, podrá oponer frente al acreedor demandante, tanto las excepciones inherentes a la deuda (inexistencia u invalidez de la obligación afianzada, extinción...), como aquellas otras que le sean propias en su calidad de fiador.

Otro supuesto en el que también se comprueba la conveniencia de una extensión de la cosa juzgada a terceros no contemplados en la ley, lo encontramos en el ámbito del contrato de seguro. En estos casos, cuando el perjudicado ejercita contra el asegurado una pretensión indemnizatoria y la sentencia es de condena a pagar la indemnización, el problema también estriba en determinar los efectos de esta sentencia respecto del asegurador tercero no interviniente. Esto es, consiste en establecer si la sentencia de condena dictada en el proceso entre perjudicado y asegurado vincula al asegurador en el proceso posterior donde el asegurado le reclama el reintegro de la cantidad desembolsada.

Una vez más, y de acogernos a la concepción tradicional de la eficacia positiva de la cosa juzgada, la respuesta al problema planteado sería negativa puesto que no concurriría la identidad subjetiva exigida, ni el asegurador constituiría uno de los terceros a los que la ley extiende aquellos efectos. Ello no obstante, también en estos supuestos, la conexión existente entre las dos pretensiones en juego hace inapropiada la solución expuesta. Es más, la relación de prejudicialidad-dependencia entre la pretensión del perjudicado contra el asegurado, ya juzgada, y la pretensión de reintegro que compete al asegurado contra el asegurador, aconseja y justifica que la sentencia dictada en el primer litigio vincule a la hora de enjuiciar el segundo. Como no podía ser de otro modo, la vinculación en forma de cosa juzgada positiva de la sentencia prejudicial, teniendo en cuenta que el asegurador no ha participado en la causa, únicamente puede tener lugar respetando el derecho de defensa de aquél. Y la observancia de esta garantía constitucional pasa por el cumplimiento de un conjunto de requisitos, sin los cuales la eficacia de cosa juzgada no puede desplegarse en estos casos.

Como primer requisito a estos efectos será necesario el conocimiento por parte del asegurador de la existencia de la causa prejudicial entre perjudicado y asegurado. Se trata de un requisito de fácil concurrencia, si tenemos en cuenta que el asegurador, respecto del proceso prejudicial, se erige como un tercero que puede verse afectado por la resolución que le ponga fin y, por tanto, como un destinatario natural de la comunicación prevista en el art. 150.2 LEC. Del mismo modo, en la medida que el asegurador es titular de una relación jurídica conexa objetivamente con el objeto de la causa prejudicial, se puede afirmar su interés directo y legítimo en esta pretensión y por consiguiente la viabilidad de su intervención en el proceso, que constituye el segundo de los requisitos exigidos para la extensión de la cosa juzgada a terceros fuera de los casos previstos en la ley.

Además de los dos requisitos mencionados, la extensión de la cosa juzgada requiere que el asegurador hubiera podido defenderse adecuadamente en la causa prejudicial en el supuesto que hubiera intervenido en ella. Si, en la hipótesis de que el tercero se hubiera incorporado en el litigio entre perjudicado y asegurado, no hubiera gozado de una defensa efectiva, la resolución prejudicial dictada no puede vincularle.

Así, por ejemplo, si en el proceso que el asegurado inicia contra el asegurador reclamándole el reintegro de la cantidad desembolsada, el asegurador no dispone de pruebas nuevas o no presenta pruebas que, si bien existían en el momento del proceso prejudicial, no hubiera podido utilizar por preclusión, puede entenderse que la defensa que el asegurador hubiera podido llevar a cabo en la causa prejudicial hubiera sido oportuna. Y en consecuencia la sentencia dictada puede afectarle como cosa juzgada positiva. De este modo, la sentencia de condena del asegurado a pagar la pretensión indemnizatoria basada en la existencia del hecho dañoso y en su responsabilidad civil, condiciona la resolución de la pretensión de reintegro planteada posteriormente contra el asegurador, el cual no podrá discutir los extremos mencionados. En caso contrario, es decir, si el asegurador, en el proceso en el que se le demanda, aporta pruebas que no hubiera podido presentar en su momento en el proceso prejudicial, debe reconocerse que la sentencia promulgada no puede desplegar efectos de cosa juzgada sobre él porque se ha dictado en una causa en la que sus posibilidades de defensa como tercero no hubieran sido completas.

5. Conclusiones

La vinculación que la resolución prejudicial civil ejerce en el proceso principal también civil coincide con los efectos positivos de la cosa juzgada.

Desde la perspectiva de los objetos de ambos procesos, el prejudicial y el principal, es indiscutible que el objeto del primero (en el que se ha dictado la sentencia con cosa juzgada) constituye un antecedente lógico del segundo.

Desde el punto de vista de los sujetos, la cosa juzgada positiva de la resolución prejudicial civil desplegará su eficacia en el proceso principal en tres hipótesis. En primer lugar, cuando los sujetos de las causas prejudicial y principal coincidan de forma absoluta. En segundo lugar, cuando uno de los litigantes del proceso principal no haya participado en el prejudicial pero sea uno de los terceros a los que la Ley extiende los efectos de cosa juzgada. Por último, cuando se dé el mismo caso anterior pero siendo el sujeto que no ha intervenido en la causa prejudicial un tercero no comprendido en la extensión legal *ultra partes* de la cosa juzgada.

En este último supuesto, los efectos de cosa juzgada positiva de la resolución prejudicial se encuentran supeditados al cumplimiento de unos determinados requisitos. Esto es, el tercero que no intervino en el proceso prejudicial no podrá discutir en el proceso principal la cuestión resuelta en la resolución prejudicial siempre y cuando concurran las siguientes circunstancias.

a) Que el tercero tuvo conocimiento de la pendencia del proceso prejudicial.

b) Que el tercero hubiera podido incorporarse en el mismo a través de la figura de la intervención de terceros.

c) Que el tercero hubiera podido defenderse adecuadamente en la causa prejudicial. La concurrencia de esta última circunstancia está estrechamente ligada al momento procesal en el que el tercero hubiera podido realizar su incorporación en esta causa.

Así, si su intervención hubiera podido tener lugar en un momento inicial del proceso prejudicial, el tercero hubiera podido ejercitar todas las facultades procesales (alegaciones y prueba) para defender oportunamente su derecho. En consecuencia, la sentencia prejudicial dictada puede extender su eficacia de cosa juzgada positiva en el proceso principal en el que sí litiga el tercero sin afectar a su derecho de defensa.

En cambio, si la incorporación en la causa prejudicial no hubiera podido tener lugar hasta un momento final de su tramitación, la defensa del tercero sólo hubiera podido consistir en la presentación retroactiva de las alegaciones a las que se refiere el art. 13 LEC, sin que, por contra, hubiera podido incluir los actos de prueba correspondientes a dichas manifestaciones. Estas limitaciones en las posibilidades de defensa del tercero en el marco de la causa prejudicial repercuten en la extensión de la cosa juzgada de la resolución dictada en la misma.

Una solución respetuosa con el derecho de defensa del tercero que no ha litigado en el proceso prejudicial consiste en descartar la eficacia de cosa juzgada de la sentencia prejudicial en el proceso principal únicamente si en aquel procedimiento el tercero no pudo llevar a cabo una defensa adecuada y efectiva. El hecho que indica que la capacidad de defensa del tercero en la causa prejudicial hubiera sido insuficiente es que ahora en el proceso posterior el tercero acredite que dispone de determinados medios de prueba. Debe tratarse, bien de medios de prueba nuevos que no hubiera podido utilizar en el proceso prejudicial, bien de medios de prueba que no hubiera estado en condiciones de proponer en la causa prejudicial porque en el momento en que hubiera podido incorporarse en la misma ya hubiera precluído la posibilidad de la proposición mencionada. Inversamente, no disponiendo el tercero de estos medios probatorios, sus facultades defensivas en el proceso prejudicial pueden considerarse intactas, y la sentencia dictada podrá vincularle sin riesgo de afectar su garantía de defensa.

6. Bibliografía

Vicente BOQUERA OLIVER (1995), "Los límites objetivos de la cosa juzgada material", en *Efectos jurídicos del proceso (Cosa juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 137-160.

Manuel CACHÓN CADENAS (2020), *Esquemas de Derecho Procesal I*, Uno, Bellaterra.

Andrés DE LA OLIVA SANTOS (1991), *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

Juan Francisco GARNICA MARTÍN (2000a), "Artículo 13", en Miguel Ángel FERNÁNDEZ BALLESTEROS, José María RIFÉ SOLER, José Francisco VALLS GOMBAU (Coordinadores), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T.I, Iurgium y Atelier, Barcelona, pp. 193-206.

Juan Francisco GARNICA MARTÍN (2000), "Artículo 222", en Miguel Ángel FERNÁNDEZ BALLESTEROS, José María RIFÉ SOLER, José Francisco VALLS GOMBAU (Coordinadores), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T.I, Iurgium y Atelier, Barcelona, pp. 864-884.

Fernando GASCÓN INCHAUSTI (2000), "Artículo 150", en Miguel Ángel FERNÁNDEZ BALLESTEROS, José María RIFÉ SOLER, José Francisco VALLS GOMBAU (Coordinadores), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T.I, Iurgium y Atelier, Barcelona, pp. 642-648.

Esther GONZÁLEZ PILLADO (2006), *La intervención de terceros en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Pablo GRANDE SEARA (2008), *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Tomás LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ (2002a), "Artículo 13", en Vicente GIMENO SENDRA (Director), *Proceso Civil Práctico*, T.I, Dykinson, Madrid, pp. 261-295.

Tomás LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Carolina GONZÁLEZ NAVARRO (2002), "Artículo 222", en Vicente GIMENO SENDRA (Director), *Proceso Civil Práctico*, Dykinson, Madrid, T.II, pp. 287-348.

Antonio María LORCA NAVARRETE (2000), "Artículo 13", en Antonio María LORCA NAVARRETE (Director), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T.I, Lex Nova, Valladolid, pp. 182-195.

Jordi NIEVA FENOLL (2006), *La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona.

Guillermo ORMAZÁBAL SÁNCHEZ (2013), "Intervención adhesiva y cosa juzgada", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº10, pp. 213-234.

Susana OROMÍ VALL-LLOVERA (2007), *Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, Marcial Pons, Madrid.

Manuel ORTELLS RAMOS (2019), *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Navarra.

Vicente PÉREZ DAUDÍ (2000), *El allanamiento en el proceso civil*, Bosch, Barcelona.

Esther PILLADO GONZÁLEZ (2009), "La tutela judicial efectiva de los terceros en el proceso civil declarativo. La intervención procesal", en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº5, pp. 195-220.

Francisco RAMOS MÉNDEZ (2008), *Enjuiciamiento Civil II*, Atelier, Barcelona.

Núria REYNAL QUEROL (2006), *La prejudicialidad en el proceso civil*, Bosch, Barcelona.

Núria REYNAL QUEROL (2015), "Eficacia de la resolución prejudicial civil en un proceso civil. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2013", *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, nº1, pp. 197-212.

Abelardo RODRÍGUEZ MERINO (2000), "Artículo 150", en Antonio María LORCA NAVARRETE (Director), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T.I, Lex Nova, Valladolid, pp. 997-1004.

Cecilia ROSENDE VILLAR (2001), "Efectos directos y reflejos de la sentencia", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, nº 3, pp. 489-507.

Manuel SERRA DOMÍNGUEZ (1971), "Concepto y regulación positiva del litisconsorcio", en *Revista de Derecho Procesal*, nº2-3, pp. 573-601.

Manuel SERRA DOMÍNGUEZ (1981), "Comentario al art. 1252 del Código Civil", en Manuel ALBADALEJO GARCÍA (Director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T.XVI, vol. 2, Madrid, pp. 627-704.

Isabel TAPIA FERNÁNDEZ (2006), "Consideraciones sobre la cosa juzgada, a la luz de la nueva regulación dada por el art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, nº8, pp. 5-54.

InDret

2.2021

Irene Nadal Gómez
Universitat de les Illes Balears
-

La tutela de las garantías internacionales del sistema de Ciudad del Cabo en el ordenamiento procesal español

Balance del cumplimiento de las obligaciones procesales de España con el Convenio de Ciudad del Cabo

Sumario

-

Transcurridos apenas cinco años desde la entrada en vigor en España del Protocolo Aeronáutico, es un buen momento para hacer balance de si España ha cumplido adecuadamente con las obligaciones adquiridas con su adhesión al Sistema de Ciudad del Cabo. En este contexto, el presente trabajo examina los mecanismos a disposición del acreedor de garantías internacionales en el ordenamiento procesal español. Se cuestiona la viabilidad de los procesos ejecutivos y declarativos para la tutela de tales garantías, así como la posibilidad de adoptar judicialmente las medidas cautelares propias del convenio.

Se analizan además otras vías extraprocesales que se ofrecen al acreedor en posesión de una garantía internacional en España y su eficacia, con especial referencia a la ruta IDERA. Asimismo, se sugieren futuras reformas legales que ayuden a que nuestro ordenamiento ofrezca una respuesta más adecuada al espíritu y finalidad del Convenio y a cumplir adecuadamente con las obligaciones internacionales adquiridas.

Abstract

-

Almost five years after the entry into force of the Aircraft Protocol in Spain, it may be time to assess whether Spain has adequately fulfilled its obligations under the Cape Town System. This article examines the mechanisms available for the creditor of international guarantees within Spanish procedural law. It questions the feasibility of enforcement and declaration proceedings for the creditor's protection and the legal provisions under which the latter could obtain relief from the court, pending final resolution

It also analyses other extra-procedural mechanisms that could be applied by this creditor in Spain and their effectiveness, with particular reference to the IDERA route. Future legal reforms are, also, suggested so that our legal system offers an adequate response to the spirit and purpose of the Convention and, in short, to comply adequately with the international obligations acquired.

Title: *Enforcement remedies in Spanish law of international interests under Cape Town Convention. Assessment of Spain's compliance with its procedural obligations under the Cape Town Convention*

-

Palabras clave: Convenio de Ciudad del Cabo; Garantía Internacional; Ejecución de garantías internacionales; Jurisdicción voluntaria; procedimiento extrajudicial de ejecución.

Keywords: *Cape Town Convention; International interest; secured transactions; judicial remedies; enforcement mechanisms; voluntary jurisdiction; self-help remedies*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i2.10

InDret

2.2021

Recepción
02/11/2020
-
Aceptación
07/02/2021
-

Índice

-

1. Introducción
2. El Sistema de Ciudad del Cabo y las garantías internacionales
2.1. El sistema de garantías del Convenio de Ciudad del Cabo
2.2. Las previsiones del Convenio para la tutela de las garantías internacionales
3. La adhesión de España y las declaraciones realizadas al Convenio y al Protocolo Aeronáutico
4. La tutela judicial de las garantías del SCC en el ordenamiento procesal español
4.1. El acceso al proceso de ejecución por el titular de garantías internacionales y su utilidad práctica
4.2. Los procesos declarativos ordinarios para la tutela de las obligaciones garantizadas
4.3. La adopción de medidas cautelares propias del Convenio en los procesos jurisdiccionales nacionales
4.4. El expediente innominado de Jurisdicción Voluntaria
5. Vías extrajudiciales y de autoejecución de las garantías internacionales
5.1. La ruta IDERA
5.2. Otras posibles vías de autoejecución de las garantías internacionales
6. Conclusiones
7. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

El próximo año se cumplirán dos décadas desde la adopción en Ciudad del Cabo, en una Conferencia Internacional celebrada el 16 de noviembre de 2001, del Convenio sobre Garantías Internacionales en elementos de equipo móvil, conocido como el Convenio de Ciudad del Cabo (en adelante, el Convenio). Este constituye uno de los instrumentos de Derecho Internacional que más éxito y repercusión ha tenido en los últimos años en materia de garantías sobre bienes de equipo móvil, con un marcado carácter transfronterizo[1]. En palabras de UNIDROIT, uno de sus principales impulsores, este Convenio constituye su trabajo más importante en el ámbito de la normativa sobre operaciones jurídicas garantizadas[2].

Uno de los elementos que, sin duda, ha ayudado al éxito del Convenio es su carácter modular, que combina Convenio y Protocolo específico sobre un determinado tipo de bienes. De esta forma se crea un verdadero Sistema, con unos elementos comunes recogidos en el Convenio para todos los bienes de equipo móvil y sus garantías internacionales; y otros específicos, que dan respuesta a las peculiaridades de un determinado tipo de bienes, y que se contienen en los diferentes Protocolos. El conjunto del Convenio con el Protocolo correspondiente es lo que se denomina el Sistema de Ciudad del Cabo (en adelante, SCC)[3].

En la actualidad son cuatro los Protocolos que se han incorporado al SCC. El primero de ellos, que será objeto de este trabajo, es el "Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto TADTYG (Ref. PID2019-107204GB-C31), MCIU. II.PP.: Mª.J. Guerrero Lebrón y Dra. Mª.B. González Fernández.

[1] Para conocer el origen de este Convenio, los agentes que intervinieron en su nacimiento y la finalidad original perseguida con el mismo, debe consultarse la obra de referencia de R. GOODE, (2019) *Convention on International Interest in Mobile Equipment and Protocol thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment. Official Commentary,* 4th Ed. UNIDROIT, Roma. En particular pp. 5-7. Estos comentarios oficiales constituyen un material esencial para la interpretación del articulado del Convenio y su Protocolo Aeronáutico y su correcta incorporación en el derecho nacional.

[2] Puede verse https://www.unidroit.org/secured-transactions (visitada el 14/10/2020)

[3] Sobre la estructura Convenio-Protocolo y la relación entre ambos niveles puede verse HEREDIA CERVANTES, I., (2016) "Análisis de la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo", en *La Ley Mercantil*, 21, pp. 0–24. Señala este autor que "La relación entre el Convenio y sus protocolos resulta especialmente original ya que la aplicación del texto convencional en un país sobre un tipo de concreto de bienes no se produce hasta la entrada en vigor del protocolo correspondiente. Asimismo, en la medida en que el Convenio queda sometido a los términos de cada protocolo, ambos textos (Convenio + Protocolo) deben ser interpretados como un único instrumento, sin que quepa hacer ningún tipo de diferenciación entre los términos de uno y otro, y la aplicación de las reglas convencionales siempre debe realizarse del modo contemplado en el protocolo, en caso de discrepancia entre ambos textos. De hecho, los protocolos introducen cambios sustanciales en las soluciones contempladas en el Convenio. Uno de los ejemplos más relevantes lo encontramos en el propio Protocolo sobre equipos aeronáuticos, que entre otras medidas, modifica el ámbito de aplicación territorial del texto convencional y extiende la regulación convencional, y en concreto el sistema de publicidad registral, a las ventas de este tipo de bienes". De esta forma, el autor se refiere conjuntamente al Convenio y al correspondiente protocolo como SCC (ver ob. cit., p.2). En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., (2015). "La adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo y su implementación: una primera valoración del Reglamento de Matriculación de Aeronaves (Parte I)", en *Bitácora Millennium DIPr*, *2*. En particular pp. 5-6.

de equipo aeronáutico" (en adelante, el Protocolo)[4]. España se adhirió al Convenio en 2013 (BOE nº 238 de 4.10.2013) y al Protocolo en 2016 (BOE nº 27 de 1.2.2016), siendo este el único Protocolo suscrito de momento por nuestro país y, por tanto, el único de los que conforman el citado SCC, que se ha incorporado a nuestro ordenamiento[5].

La próxima celebración de los veinte años desde la firma del Convenio y el paso de un lustro desde la plena incorporación de España a dicho Sistema con la adhesión al Protocolo, constituyen una ocasión excelente para realizar un balance sobre su implantación en el ordenamiento español, especialmente en lo que a la protección del acreedor se refiere, analizar sus posibles fallos o carencias y plantear opciones de mejora. Este aniversario viene a producirse en el contexto de una de las mayores crisis que haya sufrido la industria aeronáutica como consecuencia de la pandemia causada por la COVID-19. Este hecho está poniendo a prueba, en cierta medida, los mecanismos previstos en el SCC ante el incumplimiento del deudor y aunque todavía es pronto y no se dispone de datos para su análisis detenido, puede ya intuirse en qué medida el Convenio y sus mecanismos son útiles[6]. Así pues, son muchos los aspectos y materias que el Convenio ofrece para su reflexión y su perfeccionamiento, por lo que es imprescindible centrar el ámbito de estudio sobre el que versará este trabajo, sin olvidar el espíritu y el contexto en el que aquel debe ser aplicado.

Con su adhesión al SCC los Estados adquieren la obligación genérica de crear en su ordenamiento interno las condiciones jurídicas necesarias para su adecuada aplicación. En concreto, una de las disposiciones del Convenio establece que, toda medida prevista ante el incumplimiento del deudor se aplicará conforme al procedimiento prescrito por la ley del lugar en que se debe aplicar (art. 14 del Convenio). En consonancia con ello, los Estados están obligados a ofrecer los instrumentos procedimentales necesarios para facilitar la realización

---

[4] No me referiré en estas líneas a los otros tres Protocolos que integran el Sistema de Ciudad del Cabo y cuyo texto puede consultarse en https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/cape-town-convention. (Visitado el 11/02/2021) El primero de tales protocolos es el relativo a bienes espaciales (Space Protocol), y sobre el que puede verse en nuestra doctrina patria a GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., HEREDIA CERVANTES, I. (2012). "El convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo sobre bienes de equipo espacial", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, *88*(731), pp. 1415–1450. Los otros protocoles serían el relativo a material rodante de transporte ferroviario (Rail Protocol) y el recientemente suscrito sobre bienes de equipamiento en minería, agricultura y construcción (MAC Protocol).

[5] Para conocer en profundidad el contenido y funcionamiento del Convenio de Ciudad del Cabo cabe destacar la excelente monografía de RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, T., (2012) *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo,* Marcial Pons. En particular, sobre la incorporación de España al Convenio puede verse también CORDERO LOBATO, E. (2013). "Garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil: España se adhiere al Convenio de Ciudad del Cabo (BOE de 4 de octubre de 2013)", en *Diario La Ley*, nº *8189.*

Por otro lado, la plena entrada en vigor del Protocolo Aeronáutico no se produjo hasta el 1 de junio de 2016. Sobre la sucesiva entrada en vigor del SCC en el ordenamiento español puede verse RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, (2016) "Key points for the effective implementation of the Cape Town Convention: the accession of Spain to the Aircraft Protocol", en *Uniform Law Review, Vol. 21,* pp. *279–308*. En especial pp. 284 a 286.

[6] Sobre este impacto puede verse el reciente trabajo HANLEY, D., (2020), "COVID-19 and International Aircraft Financing Law", en *Air & Space Law,* 45, Special Issue, pp. 155–172. También es interesante consultar la página del Aviation Working Group (en adelante AWG), formado por una agrupación de los principales fabricantes de aviones, arrendadores financieros, e instituciones financieras, que contiene materiales creados por dicho grupo para facilitar la aplicación del Convenio en la grave situación creada por la COVID-19, en el siguiente link http://awg.aero/project/covid-19-action-and-involvement/ (Visitado el 11/02/2021).

efectiva de las garantías internacionales sobre los bienes gravados, en los términos del Convenio y el Protocolo que se trate[7]. Por lo tanto, deberá analizarse si España ha cumplido en estos cinco años, adecuadamente, con la obligación de establecer los procedimientos necesarios para la realización de dichas garantías.

Este análisis implica la asunción de dos hipótesis: la relativa a la determinación del lugar o jurisdicción donde las medidas deban ser aplicables y la que afecta a la propia necesidad, o utilidad, de las medidas en sí mismas. La primera de estas premisas viene dada por la aplicación de normas de derecho internacional privado, sobre competencia internacional y ley aplicable. Sólo cuando sea competente la jurisdicción española, el procedimiento a seguir será el que la normativa nacional disponga[8]. La segunda premisa es de mayor calado y trata sobre la utilidad real de las medidas previstas por el Convenio para la protección del acreedor. Con independencia de la eficacia del procedimiento que el acreedor pueda instar para la realización de las garantías, surge la cuestión de si tales medidas son realmente útiles para sus intereses, o si, por el contrario, no le ofrecen la protección adecuada. Aun siendo muy interesante esta última reflexión, especialmente a la luz de la crisis creada por la pandemia, su análisis tiene un ámbito distinto del objeto de este trabajo. Por lo tanto, aunque se harán las referencias oportunas, se dejará al margen el grueso de esta última hipótesis.

Desde esta perspectiva, en el presente trabajo se examinarán cuáles son los mecanismos que el ordenamiento jurídico español, y en especial el ordenamiento procesal, pone a disposición del titular de las garantías propias del SCC sobre bienes aeronáuticos para su efectiva realización en caso de incumplimiento del deudor. En concreto, se analizará cómo el ordenamiento procesal español garantiza la efectiva tutela del beneficiario de las garantías internacionales en el marco de la actividad judicial; y cómo, en un futuro, podría mejorarse su posición en el marco de dicho ordenamiento[9]. Pero también será una ocasión excelente para explorar la posibilidad de que otras autoridades, no judiciales, puedan autorizar medidas tendentes a la realización de dichas garantías, incluso fuera del ámbito procesal.

---

[7] En este sentido puede verse R. GOODE, (2019) "*Official Commentary…*", ob. cit., paragraph 2.13 p. 18. Así lo afirman también LESSARD M., JEBELY, P., WOOL J., (2017), "Of Swords and Shields: The Role and Limits of Courts in the Enforcement of the Cape Town Convention's Substantive Repossession Remedies", en *Cape Town Convention Journal, 6,* pp. 78-96.

[8] Cabe señalar que lo habitual es que, a pesar de que el deudor sea un operador español y que el objeto de la garantía esté matriculado en España, los contratos se regulen por la ley designada por el acreedor, normalmente la del Reino Unido o Irlanda, y que se designe competentes para dirimir las controversias a tribunales del mismo país por el que se rige el contrato. Cuando ello ocurra, el procedimiento a seguir será el propio de aquel Estado. La ejecución en España, llegado el caso, de medidas adoptadas por tribunales de otro país deberá seguir las normas previstas para la ejecución de resoluciones extranjeras en el ordenamiento interno. Por otro lado, incluso si se diera el caso de que, en aplicación de normas de derecho internacional privado, los tribunales españoles tuvieran que aplicar derecho sustantivo extranjero, el procedimiento a seguir siempre vendrá dado por la normativa procesal española. Sobre la aplicación territorial del Convenio puede verse RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., (2015). "La adhesión de España al Protocolo Aeronáutico…", ob. cit., p. 13; HEREDIA CERVANTES, I., (2016) "Análisis de la adhesión…", ob. cit., p. 6.

[9] Los supuestos que aquí se analizan son aquellos en los que ya se ha determinado que el acreedor debe acudir a la jurisdicción española, y por tanto se deben utilizar los instrumentos procesales que la ley española prevé para la ejecución de las garantías previstas ante el incumplimiento del deudor dentro de un proceso de ejecución singular. Como señalaré más tarde, también he dejado de lado los problemas que la garantía produce en un proceso concursal.

Con este fin, comenzaré realizando un brevísimo resumen del contenido del SCC, y de los derechos allí protegidos y, sobre todo, de los mecanismos para la protección de sus titulares teniendo en cuenta su propia sistemática. Se trata de mecanismos de derecho sustantivo que, para ser efectivos requieren de un procedimiento de "ejecución" forzosa en los casos en que la parte incumplidora no quiera cumplir de forma voluntaria. No me estoy refiriendo aquí exclusivamente a la "ejecución forzosa" como procedimiento judicial reglado, sino como cualquier medio o instrumento que permita al acreedor forzar al incumplidor para que se realicen las garantías que en su día se pactaron[10]. En cualquier caso, para analizar estas formas de cumplimiento forzoso y, en especial la tutela judicial, es imprescindible tomar como punto de partida los derechos protegidos, el objeto de la garantía y la naturaleza de los mecanismos de protección que crea el SCC ya que, el proceso no es más (¡ni menos!) que el instrumento con el que el Estado garantiza la realización de tales derechos; y en cuanto tal, debe ser adecuado y adaptado a la finalidad perseguida.

Una vez revisado someramente el marco jurídico del Convenio en lo relativo a la naturaleza de las garantías internacionales afrontaré la parte central del trabajo en la que analizaré su tutela jurídica por el ordenamiento español, con las peculiaridades que las declaraciones hechas por España con la adhesión a cada instrumento provocan. Así, teniendo especialmente presente las posibilidades ofrecidas por los mecanismos de tutela ejecutiva frente al deudor, propondré cuáles podrían ser las pautas de una eventual reforma procesal que ayude a hacer más realista una adecuada implantación del sistema en nuestro ordenamiento. Se analizarán a continuación los procesos declarativos ordinarios que están al alcance del acreedor, así como su utilidad de cara a la adecuada tutela de sus derechos. También será muy interesante considerar las opciones procesales con las que cuenta el acreedor para la adopción de las medidas cautelares previstas por el Convenio.

Todavía dentro del ámbito procesal, trataré sobre la posibilidad que la Jurisdicción voluntaria brinda a los titulares de las garantías internacionales de encontrar un cauce para ese compromiso entre la autonomía de la voluntad de las partes, que está en el espíritu del SCC y la necesaria intervención judicial, requerida por nuestro legislador.

Finalmente me ocuparé de los mecanismos extraprocesales a través de los cuales, sin necesidad de la autorización por un tribunal y con ayuda de diferente naturaleza por parte de otras autoridades no judiciales, pudiera conseguirse la realización de las garantías internacionales del SCC en el ordenamiento español.

---

[10] En un Estado de Derecho la tutela judicial constituye un derecho fundamental y debe siempre estar a disposición de los justiciables para la realización de sus derechos. Pero en el caso de este tipo de garantías, hay que valorar muy bien el alcance y la oportunidad de la vía judicial, ya que puede terminar por convertirse en un arma en manos del deudor en lugar de un instrumento eficaz de tutela del derecho del acreedor; o simplemente, convertirse en una forma de hacer inútil la creación de la garantía en sí. Este es precisamente el sentido del juego de palabras utilizado en el trabajo citado supra. LESSARD M., JEBELY, P., WOOL J., "Of Swords and Shields", "De espadas y escudos". Los autores ponen de manifiesto a través de su trabajo cómo la vía judicial puede ser utilizada como "espada" para la aplicación de los mecanismos de reposesión y, a la vez, los peligros de que la vía judicial pueda utilizarse como escudo frente a aquellos.

2. El Sistema de Ciudad del Cabo y las garantías internacionales

2.1. El sistema de garantías del Convenio de Ciudad del Cabo

El ordenamiento procesal de un Estado tiene un carácter esencialmente instrumental respecto del derecho sustantivo que tutela[11]. No por gozar de dicho carácter resulta de menor importancia, sino que, cuando la realización del derecho por los propios particulares no es suficiente y se requiere la tutela judicial, ésta deberá dar respuesta adecuada y suficiente a los derechos de los justiciables. De nada sirve el reconocimiento de derechos sustantivos si cuando estos se incumplen no se dispone de mecanismos eficaces para su efectiva realización. Los procesos judiciales y otras formas de tutela, como instrumentos que el Estado otorga al justiciable en su búsqueda por la realización efectiva de sus derechos, deben estar orientados y adaptados a tal fin[12]. Esto tiene todavía más sentido en el caso del Convenio, ya que su art.14 establece que la ejecución de todas las medidas allí previstas deberá llevarse a cabo de acuerdo con el procedimiento del país en el que aquellas deban aplicarse. Por lo tanto, procede ahora conocer someramente cómo es el SCC y que garantías regula, con carácter previo al estudio de sus mecanismos procesales de realización y a la propuesta en su caso de mejoras en su regulación. En esta línea, solo realizaré aquí un pequeño repaso de los rasgos más significativos del SCC y de las garantías internacionales, de forma que se afronte su tutela procesal de la manera más adecuada posible.

El Convenio de 2001 nace con la finalidad de dar solución a los problemas de financiación que sufren determinados sectores caracterizados por su especial complejidad[13]. En concreto, en el ámbito aeronáutico son muchos los factores que intervienen, pero principalmente el elevado valor de las aeronaves comerciales, su rápida depreciación y su alta movilidad, hacían necesario que se dotara al mercado de financiación de este tipo de bienes, de un sistema internacional de garantías homogéneo[14].

---

[11] Sobre esta característica del Derecho procesal puede verse entre otros De La Oliva, A., Peiteado, P., (2019), *Sistema de tutela judicial efectiva,* (4ª. Ed.) CEF. pp. 44 y 45.

[12] A pesar de que los ordenamientos reconocen una diversidad de mecanismos para la resolución de conflictos, la tutela judicial y otras vías de tutela de los derechos en litigio no son equivalentes. No es este el lugar para entrar en una cuestión tan compleja, pero sí que quiero señalar que en el ordenamiento español solo los órganos del poder judicial pueden decir en último término cuál es el derecho objetivo para un caso concreto, cuál y cómo es la norma que debemos aplicar a un caso concreto, pero con vocación de generalidad, desinterés objetivo e imparcialidad. En cambio, otros mecanismos de realización del derecho y de autorealización y solución alternativa de conflictos no tienen esta autoridad ni estas características, pero tampoco lo pretenden. Los sistemas anglosajones en los que la ley no ocupa el mismo lugar en el sistema de fuentes que en el nuestro, la solución alternativa y la autorealización de garantías ocupan también una posición que no es equivalente a la nuestra. Un sistema como el de CC, aunque tenga una vocación internacional, se debe en su concepción jurídica a un sistema que no es el de derecho común; y eso trae consigo también, que la tutela de esos derechos no tenga como principal referente el de la tutela judicial, sino que ésta sea vista como una opción más, que debe respetarse en sistemas como el nuestro, con otra tradición jurídica, pero que no deja de crear problemas funcionales.

[13] R. Goode, (2019) "*Official Commentary…*", ob. cit., paragraph 2.1 p. 13. Castellanos Ruiz, M. J. (2017). "El registro internacional: implementación en España del convenio de Ciudad del Cabo sobre garantías internacionales y su protocolo aeronáutico", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, *9*(1), pp. 49–81. En especial p. 51. Ver también Rodríguez De Las Heras, (2017) "Las operaciones internacionales de financiación garantizadas sobre equipo aeronáutico: El Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo", en *Publico y Privado en el Derecho Aeronáutico. Retos presentes y futuros,* pp. 171–208. Tirant lo Blanch. En particular, pp. 174 y ss.

[14] Díaz Rafael, G. (2014). "Sobre el Convenio de Cape Town y su protocolo relativo a aeronaves", en *RLADA vol. 18*.

Al tratarse de un sistema de garantías, el Convenio no define los contratos principales de forma autónoma, sino que estos vendrán dados por los instrumentos normativos propios del derecho nacional en el que la operación principal se realiza. Pero la posibilidad de que los acreedores vean reconocidas las garantías del Convenio y el Protocolo, de manera uniforme y con independencia de donde se encuentre el bien, es fundamental para que los contratos financieros que posibilitan el desarrollo de la industria aeronáutica se lleven a cabo. Como CASTELLANOS RUIZ señala, esta financiación sobre activos "es un método de financiación que se basa en el papel de la garantía sobre el bien financiado" [15]. Por lo tanto, casi tan importante, o incluso más que la operación principal, es aquella que garantiza su valor conforme a lo dispuesto por el Convenio y su Protocolo[16].

Es por ello que se ha dicho que todo el SCC se centra en el concepto de la garantía internacional (*international interest*)[17]. Según RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, "Una garantía internacional es una garantía creada o prevista por un contrato de los establecidos en el Convenio"[18]. Se trata de unas garantías mobiliarias de derecho sustantivo propio, pero inspiradas más bien en el derecho anglosajón o Common Law. Tienen carácter autónomo y son diferentes de las que pueden aplicarse conforme al derecho interno de los Estados, especialmente en derecho español, si bien es cierto que comparten alguno de los principales rasgos de los modelos de garantías mobiliarias existentes[19].

El Convenio crea tres tipos de "garantías internacionales": un contrato de garantía, que vendría a ser lo más parecido a una garantía pignoraticia; una cláusula de reserva de dominio que se incluye en un contrato de venta; y la reserva dominical del arrendador. Todas estas figuras se crean de manera que se vinculan con las operaciones principales de financiación, con el fin de garantizarlas. Su origen es consensual, deben formalizarse por escrito y se aplican sobre un objeto que debe ser perfectamente identificable de entre los que el Protocolo reconoce, y que poseen un gran valor económico, como son las células de aeronaves, sus motores y los helicópteros. Además, el SCC permite la convivencia de estas garantías autónomas, junto con las garantías propias de los derechos nacionales[20].

---

https://www.rlada.com/pop.php?option=articulo&Hash=fa90e2dd4efd7adf53677633222450a4 visitado 20/10/2020.

[15] CASTELLANOS RUIZ, M.J, "El registro internacional…", ob. cit. En especial p. 53.

[16] Con carácter general, ver en este sentido, NAVARRO CODERQUE, F., & LAFARGUE FERNANDO, C. N. (2015). "Posibles efectos prácticos del convenio de Ciudad del Cabo sobre operaciones de financiación de elementos de equipo aeronáutico españoles", en *Diario La Ley*, *8472*. También resulta muy interesante visitar la página del AWG, y más en concreto los informes realizados por esta agrupación acerca de los beneficios económicos y la facilidad para acceder a financiación en relación con el grado de cumplimiento de lo establecido en el SCC. Ver http://www.awg.aero/project/cape-town-convention/ (Visitado el 11/02/2021).

[17] GUERRERO LEBRÓN, M.J., (2009), "Algunas consideraciones sobre el Convenio de Ciudad del Cabo (CCC) y el Protocolo para elementos de equipo aeronáutico (PEEA)" en *Estudios de Derecho aéreo: aeronave y liberalización*, pp. 57–90. Marcial Pons.

[18] Ver, "Las operaciones internacionales…", ob. cit., p. 196.

[19] En concreto, permite constituir la garantía sin desposeer al deudor; deja a la autonomía de las partes pactar sobre las modalidades de ejecución de la garantía; establece un sistema de publicidad efectivo de la garantía; establece reglas claras sobre la prioridad; cuando se dé un incumplimiento se garantiza la realización rápida y efectiva del bien gravado. Ver CASTELLANOS RUIZ, M.J, "El registro internacional…", ob. cit., p. 55. En este sentido puede verse también HEREDIA CERVANTES, I., (2016) "Análisis de la adhesión…", ob. cit., pp. 3-4.

[20] Entre otros, puede verse sobre la relación entre las garantías nacionales y las del SCC, así como sobre la posibilidad de inscribir garantías nacionales en el Registro Internacional: CARRASCO PERERA, Á. (2016).

De esta forma, toda garantía que se otorgue con las formalidades del art. 7 y que recaiga sobre bienes perfectamente identificados, de los incluidos en el art. 2.3 del Convenio, se considerará como *garantía internacional*, y su titular tendrá los derechos que este le otorga[21]. De entre estos destaca la protección de sus derechos sobre los equipos aeronáuticos fundamentalmente a través de su inscripción en un Registro Internacional (en adelante, RI), dotándolos de publicidad y prioridad para la satisfacción de sus créditos frente a otros posibles acreedores.

La configuración de las garantías internacionales está marcada, básicamente, por los siguientes aspectos:

- Su origen contractual, lo que confiere una gran importancia a la autonomía de la voluntad
- Acceso a un RI con determinados requisitos, lo que también configura su eficacia
- Definición de medidas ejecutivas propias para la protección de los acreedores en caso de incumplimiento, tanto de carácter definitivo como provisional, que pueden ser moduladas por los Estados
- Coordinación con las normativas nacionales

Algunos de estos elementos o aspectos son el núcleo duro del Convenio, los que lo caracterizan y hacen de él un instrumento internacional de gran importancia. Pero la necesidad de su coordinación con las normativas nacionales para su integración real, modula y condiciona la verdadera efectividad del sistema.

Cabe remarcar que las dificultades de coordinación entre el SCC y las normativas internas provienen, principalmente, de la forma en la que las garantías específicamente creadas por aquél han sido asumidas por el ordenamiento jurídico nacional. Ello se aprecia, no tanto en la configuración de la garantía en sí, como en la dificultad de aplicar en el ordenamiento interno las medidas previstas por el SCC para el caso de incumplimiento del deudor; especialmente cuando, como es nuestro caso, la afinidad del espíritu que inspiró el SCC con nuestro sistema sustantivo y procesal interno es más bien escasa. Esta diferencia se aprecia más claramente si distinguimos entre la fase que podríamos denominar "no ejecutiva" de la garantía, de aquella propiamente "ejecutiva".

Mientras el contrato se cumple, la garantía estaría en esa primera fase "no ejecutiva", pero que no por ello deja de tener efectos. Tales efectos están ligados a la seguridad que la garantía ofrece al acreedor a través de sistemas de publicidad. Así, las garantías internacionales vienen acompañadas de un sistema de publicidad otorgado por la creación del RI para elementos de equipo aeronáutico, que está en funcionamiento desde la entrada en vigor del Protocolo en marzo del 2006. En este Registro, que es totalmente electrónico y que tiene su sede en Dublín, pueden inscribirse principalmente las garantías internacionales creadas por el propio Convenio a las que me he referido anteriormente. Pero también podrían inscribirse otras garantías, como es el caso de las internacionales futuras, o las garantías nacionales, que pueden inscribirse como aviso de garantía nacional para asegurarle una prioridad en el sistema internacional, y así

"Guía de Derecho material español sobre el tratamiento de las garantías relativas a equipo aeronáutico a raíz de la adhesión española al Convenio y al Protocolo Aeronáutico de Ciudad del Cabo", en *Diario La Ley*, *8781* pp. 6 y 7; CASTELLANOS RUIZ, M.J (2017), "El registro internacional…", ob. cit. En especial, pp. 63 y ss.

[21] Según RODRÍGUEZ DE LAS HERAS (2017), la autonomía en la constitución de las garantías y en su operativa se logra desconectando su configuración y los requisitos para su nacimiento de la legislación nacional. Ver "Las operaciones internacionales…", ob. cit., p. 197.

tratar de unificar y respetar al máximo posible las garantías internas de los diferentes Estados nacionales[22].

En cambio, cuando se produce el incumplimiento de la prestación principal es cuando entra en juego la parte ejecutiva de la garantía internacional creada por el Convenio, con su realización efectiva. Serán las herramientas que el ordenamiento ponga a disposición del acreedor para hacer efectivas las medidas previstas ante el incumplimiento y especialmente para hacerse con el control real del bien sobre el que recae la garantía lo que determinará, en gran medida, la voluntad de financiar y su coste para los prestamistas[23]. De ahí la importancia de que exista un mecanismo interno de ejecución, de realización de las garantías y toma de control que sea efectivo, ya que, de otro modo todo el sistema quedaría en papel mojado.

El motivo por el cual el Convenio se ha diseñado de esta forma se encuentra en los principios que lo inspiran. Tales principios son los de pragmatismo, previsibilidad, utilidad, autonomía de la voluntad y trasparencia, con una clara orientación hacia los intereses y las necesidades de la industria. Pero a la vez, como señala RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, el SCC trata de combinar el establecimiento de reglas uniformes y comunes, que den seguridad a las operaciones financieras internacionales, con el respeto y sensibilidad hacia las tradiciones jurídicas internas[24]. La necesidad de combinar ambos intereses es la que tiene más importancia de cara a entender y facilitar la ejecución real de la garantía, una vez llegado el momento de su incumplimiento. Para realizar dicha coordinación el Convenio permite a los Estados emitir una serie de declaraciones en el momento de adherirse a los diferentes instrumentos que lo conforman. Por ello, más adelante se tendrán en cuenta las declaraciones realizadas por España en la adhesión al Convenio y al Protocolo, ya que ello marcará junto con la normativa nacional interna, la efectividad de todo el SCC en la práctica.

No puede obviarse que el ordenamiento procesal español, al igual que la mayoría de ordenamientos de derecho continental, está esencialmente formado por normas imperativas, de Derecho Público, en las que no entra en juego, salvo contadas excepciones, la autonomía de la voluntad. En cambio, el SCC responde a una tradición de corte anglosajón, y que se adapta mejor a los ordenamientos propios del Common Law, en los que son habituales mecanismos de reposesión directa por el acreedor como los previstos en el Convenio. Así, la aplicación real del Convenio no es sencilla cuando se intenta implantar en los ordenamientos propios de Derecho civil, como es el nuestro[25].

---

[22] Para conocer la naturaleza y funcionamiento de este Registro puede verse GUERRERO LEBRÓN, M.J., (2010). "El convenio de ciudad del cabo. Un registro electrónico internacional como paso previo a la armonización del régimen de las garantías mobiliarias", en MADRID PARRA, A. (Director), *Derecho del sistema financiero y tecnología,* pp. 125-165. Marcial Pons.

[23] En este sentido, el AWG ha creado un índice de cumplimiento del Convenio de Ciudad del Cabo, con la ayuda de más de 200 despachos jurídicos que le proporcionan datos y experiencias acerca del grado de cumplimiento en un país en relación a las exigencias del SCC. Con la ayuda de estos datos se elabora el citado índice, que es público y puede consultarse a través de esta web http://www.awg.aero/project/cape-town-convention/ y en la página específica https://ctc-compliance-index.awg.aero/ (visionadas ambas el 29/10/2020)

Este índice contiene una versión adaptada, que es utilizada por el OECD como fuente de información a la hora de valorar la elegibilidad de los estados contratantes para el ASU index (Aircraft Sector Understanding's Cape Town Discount). El ASU index se centra en la implantación legal y la aplicación práctica de los elementos específicos y, por tanto, actúa como un importante incentivo para que los Estados cumplan con las previsiones del Convenio.

[24] Ver RODRÍGUEZ DE LAS HERAS (2017), "Las operaciones internacionales…", ob. cit., p. 185.

[25] En este sentido puede verse, CARRASCO PERERA, A., (2018) "Garantías y registro internacionales sobre equipo aeronáutico en el Convenio de Ciudad del Cabo", en *Revista de Derecho Mercantil,* nº. 308. También

En resumen, cabe señalar que en la medida que el propio Convenio exige que se empleen los mecanismos del ordenamiento procesal nacional, basado en normas imperativas que excluyen la autonomía de la voluntad salvo excepciones expresas, para la realización de las garantías internacionales, su aplicación dará lugar a importantes disfunciones en el sistema. Ello se complica aun más cuando las reformas legales abordadas por nuestro derecho interno no son del todo suficientes para cumplir con las legitimas expectativas del acreedor de las garantías internacionales. Por ello se analizarán a continuación cuáles son tales expectativas, previstas y legitimadas por el Convenio. Solo después se estará en condiciones de examinar y valorar los mecanismos procesales actuales y proponer mejoras futuras para su efectiva protección.

2.2. Las previsiones del Convenio para la tutela de las garantías internacionales

Como ya se ha dicho, una parte muy importante del SCC consiste en el establecimiento de una serie de medidas a las que puede optar el acreedor en caso de incumplimiento, así como medidas provisionales para cuando exista prueba inicial de tal incumplimiento[26].

En concreto, el propio Convenio establece en su artículo 11 un concepto autónomo de incumplimiento según el cual, salvo que acreedor y deudor hayan acordado algo diferente, a los efectos de los artículos 8 a 10 y 1, será "incumplimiento" una conducta "*(...) que priva sustancialmente al acreedor de aquello que tiene derecho a esperar en virtud del contrato"*. Por lo tanto, salvo que acreedor y deudor hubieran establecido cláusulas específicas acerca de qué hechos se considerarán incumplimiento, debería interpretarse como tal cualquier circunstancia que impidiera al acreedor obtener aquello a lo que el contrato le diera derecho, para lo cual se requeriría de una interpretación de éste y de los hechos que llevan al acreedor a considerar que efectivamente, el deudor no está cumpliendo con aquello a lo que se le obligó[27]. Cuando ello ocurra, el acreedor estará legitimado para instar la actuación de las medidas previstas en los artículos 8 a 10 del Convenio y cualquier otra actuación dispuesta en el propio contrato. También es importante reseñar que los artículos 12 y 13 establecen medidas de carácter provisional o cautelar previas a la adopción de las que serían definitivas[28].

El ya citado artículo 14 del Convenio dispone que todas las medidas previstas en el capítulo, lo cual incluye tanto el concepto de incumplimiento, como las medidas provisionales y las definitivas (por no llamarlas directamente ejecutivas), deberán aplicarse de conformidad con los procedimientos previstos por los Estados. De esta forma, el Convenio no crea un procedimiento específico para su implantación en los derechos nacionales y la ejecución de sus

---

es muy interesante el trabajo de DONALD GRAY, JASON ACINTYRE & JEFFREY WOOL (2015) "The interaction between Cape Town Convention repossession remedies and local procedural law: a civil law case study", en *Cape Town Convention Journal, 4:1,* pp. *17-52*

[26] Ver CASTELLANOS RUIZ, M.J., "El registro internacional...", ob. cit., p. 56.

[27] Suele ser algo habitual en los contratos celebrados, por ejemplo, entre el arrendador y el arrendatario de una aeronave, normalmente un operador aéreo, que se detallen conductas específicas que constituyan incumplimiento. Por ejemplo, cuando se detallan las obligaciones que cada uno adquiere en cuanto al mantenimiento de la aeronave y su posible repercusión económica, suele establece qué conductas concretas podrán ser consideradas como incumplimiento por parte del arrendatario, así como sus consecuencias.

[28] Ver GOODE, (2019) "*Official Commentary*...", ob. cit., paragraph 4.114 p. 341. Según señala este autor, lo que el acreedor quiere es que en el momento de celebrarse el acuerdo esté claro qué hechos o circunstancias se considerarán incumplimiento y no que esto se deje a la luz de posteriores eventos.

garantías, sino que el acreedor deberá instar en el país que corresponda y conforme a lo que su ordenamiento establezca, la realización de las medidas que pretenda ante el incumplimiento del deudor.

Por lo tanto, una visión realista y práctica del Convenio requerirá de la necesaria búsqueda de los cauces procesales internos que sean adecuados para la realización de las medidas ejecutivas y provisionales. Esta labor no está exenta de importantes problemas y, de hecho, UNIDROIT está trabajando en la elaboración de una guía judicial adaptada a cada ordenamiento y que pueda resultar útil para los países adheridos al Convenio. De esta forma se ayudaría a que las autoridades judiciales de dichos Estados pudieran aplicar de manera más adecuada, y conforme al espíritu y principios del Convenio, las medidas allí previstas para la realización de las garantías instadas por el acreedor ante un caso de incumplimiento.

Pero, como se ha dicho, en realidad estamos ante un Sistema, de forma que el Convenio no puede aplicarse sin el Protocolo correspondiente. Así, las disposiciones del Convenio deben aplicarse conjuntamente con las del Protocolo. En concreto, las disposiciones sobre las medidas para el incumplimiento serían las del artículo IX, relativo a las medidas ejecutivas de carácter definitivo del Convenio, y las del artículo X que se refieren a las provisionales[29].

Antes de pasar a las concretas medidas, hay que mencionar que su aplicación no será igual si nos encontramos en una situación de incumplimiento sin más, en la que el deudor no está en una situación de insolvencia, que cuando este está inmerso en este tipo de procedimientos. Las reglas y mecanismos aplicables cuando hay abierto un procedimiento de insolvencia afectan a la efectividad de las garantías del SCC según el art. 30 del Convenio. Y el art. XI del Protocolo dispone que, en caso de insolvencia se adopten una serie de medidas específicas de entre las que la norma permite, y por las que debe optar el Estado en cuestión. El análisis de la efectividad del SCC en una situación de insolvencia del deudor requiere pues, de un estudio particularizado que, además, dependerá de las declaraciones realizadas por el Estado en el momento de su incorporación. Por otro lado, en España, al igual que en el resto de países de la UE que se han adherido al SCC hay que tener en cuenta que la propia UE, en cuanto tiene las competencias cedidas por los Estados miembros, también ha asumido el Convenio y hecho declaraciones que influyen en la aplicación real del SCC en los ordenamientos nacionales. Por ello, dada la complejidad y extensión que el análisis de esta materia puede añadir al objetivo que aquí se pretende, lo dejaré de lado y me centraré en las situaciones de incumplimiento (default) singular[30].

Dicho esto, y ya entrando en el contenido específico de los mecanismos previstos por el SCC, el art. 8 dispone que el acreedor que posee una garantía o gravamen sobre un bien podrá:

1. Tomar la posesión o control sobre el bien gravado para su beneficio.
2. Vender o arrendar dicho objeto

[29] Aclararé aquí que el SCC distingue en la numeración de sus artículos entre los que pertenecen al Convenio, que viene expresados con números arábigos, mientras que para los Protocolos se utilizan los números romanos. En este trabajo se respetará tal sistema de numeración.

[30] Puede verse un breve repaso a la situación de las garantías del Convenio y la situación del acreedor en caso de concurso en CARRASCO PERERA, Á. (2016). "Guía de Derecho material español…", ob. cit., pp. 17 y 18. También pueden verse las posibles acciones que España podría adoptar a pesar de no haber realizado las declaraciones al Protocolo para aplicar los artículos VIII, X y XI y los efectos que ello tendría para nuestro ordenamiento en HEREDIA CERVANTES, I., (2016) "Análisis de la adhesión…", ob. cit., pp. 14 a 16.

3. Percibir todo ingreso o beneficio proveniente de la gestión o explotación de dicho objeto

El Convenio permite que estas medidas sean llevadas a cabo bien directamente por el acreedor, siempre que así se haya pactado en algún momento (apartado 1); o bien, que se solicite que una autoridad judicial las ordene (apartado 2). Ahora bien, ninguna de ellas puede instarse por el acreedor en cualquier caso o, de cualquier forma, sino que se adoptarán de manera que sea comercialmente razonable (apartado 3), definiendo este mismo apartado lo que debe entenderse por tal expresión[31].

Por su parte, el art. 9 prevé también la posibilidad de que se pacte el que la propiedad del bien garantizado se transfiera al acreedor para la satisfacción total o parcial de la deuda y la liberación del deudor; bien directamente por acuerdo entre acreedor y deudor o por orden de un tribunal, previa petición del acreedor. Más adelante volveremos sobre la viabilidad de este pacto a la vista del derecho español.

Finalmente, en relación al vendedor condicional o arrendador, el art. 10 permite que en caso de incumplimiento este dé por terminado el contrato y tome la posesión o el control sobre el objeto gravado, tanto directamente como mediante solicitud previa a un tribunal que deberá ser el que lo ordene.

Estas medidas del Convenio deben completarse con lo previsto en el Protocolo, y más en concreto, con el artículo IX que establece la posibilidad de que las partes pacten que se otorgue al acreedor un poder irrevocable para:

a) hacer cancelar la matrícula de la aeronave y
b) hacer exportar y hacer transferir físicamente el objeto aeronáutico desde el territorio en el cual está situado a otro.

Tales actuaciones se integran dentro de la denominada ruta IDERA, por sus siglas en inglés, "Irrevocable Deregistration and Express Request Authorization", y en este mismo precepto se dispone todo un conjunto de reglas dirigidas a delimitar la forma y los límites de su aplicación. Sobre esta posibilidad también hay que tener en cuenta la aplicación del artículo XIII si el Estado así lo ha previsto por haber realizado la oportuna declaración.

Cabe recordar que todo ello está sujeto a que se produzca un incumplimiento por parte del deudor, en los términos en que éste viene definido por el art. 11 del Convenio.

En cuanto a las medidas provisionales previas a la ejecución o realización definitiva de las garantías, el artículo 13 del Convenio recoge la posibilidad de que el acreedor inste aquellas que estén dirigidas a:

a) La conservación del objeto y su valor;
b) La posesión, el control o la custodia del objeto;
c) La inmovilización del objeto; y
d) El arrendamiento o la gestión del objeto excepto en los casos comprendidos en los apartados a) a c), y el ingreso así producido

[31] Sobre este concepto puede verse VENEZIANO, A., (2018) "The Contours of 'Commercial Reasonableness' under the Cape Town Convention", *Cape Town Convention Journal, 7,* pp. 83-92.

En definitiva, todas las medidas previstas para los casos de incumplimiento por el SCC están principalmente orientadas a recuperar el bien, conservarlo y a volver a hacerlo productivo cuanto antes; y tienen como fundamento principal, la aceptación de dichas medidas con carácter previo por parte del deudor. Ello podría habilitar al acreedor para ejecutar con carácter unilateral los mecanismos previamente aceptados con la constitución de la garantía, pero siempre bajo el espíritu del Convenio. Ahora bien, con esa vocación de respeto hacia los ordenamientos nacionales, se permite que a través de las correspondientes declaraciones los Estados establezcan que para la adopción de cualquiera de estas medidas será necesaria una autorización previa por parte de la autoridad o tribunal correspondiente.

Cabe añadir a lo anterior que, salvo error u omisión por mi parte, no ha habido ninguna previsión normativa procesal expresa que regule de forma específica estas garantías en el ordenamiento español; ni desde la perspectiva sustantiva, ni la procesal. Estas son las premisas desde las que se debe analizar la efectividad de la tutela que nuestro ordenamiento ofrece a estas garantías y, por consiguiente, el grado de cumplimiento real de nuestro país con las obligaciones contraídas con la adhesión.

Veamos ahora en qué términos se ha integrado en nuestro país el Convenio, para analizar posteriormente las vías que pueden ser efectivas para su aplicación.

3. La adhesión de España y las declaraciones realizadas al Convenio y al Protocolo Aeronáutico

Con la publicación en el BOE y entrada en vigor del Convenio y su Protocolo, España asumió la obligación de adaptar su ordenamiento para facilitar el cumplimiento de las obligaciones previstas en ambos instrumentos internacionales en el ámbito aeronáutico[32]. Ello implicaba también que debían adoptarse medidas en nuestro ordenamiento para integrar de alguna forma el marco jurídico del Convenio, cuya finalidad es la de uniformizar el régimen de los "intereses", aquí traducidos como "garantías", internacionales[33]. Sin embargo, tal y como CARRASCO PERERA señala, hubiera sido y sigue siendo necesario llevar a cabo una serie de reformas sustantivas, concursales y procesales de calado para que realmente este Convenio, llegado el momento de su aplicación en España, no devenga en un fracaso[34].

Como ya se ha dicho, uno de los principios importantes del SCC es el respeto y sintonía con los ordenamientos internos. Una de las formas de aplicar este principio viene dada por la posibilidad que tienen los Estados de realizar declaraciones que eviten o definan la forma de aplicación de determinados artículos del Convenio, o más bien de todo el Sistema. España se ha

[32] Con carácter previo, el Consejo había adoptado la Decisión de 6 de abril de 2009 sobre la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio y el Protocolo, publicado en el DOCE L 121/3 de 15/5/2009. Por esta Decisión, la CE se adhería al Convenio y al Protocolo, a la vez que realizaba las declaraciones permitidas por el Convenio en relación a materias sobre las que los Estados le han transferido las competencias.

[33] Sobre las obligaciones de España en este sentido puede verse RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, (2016) "Key points for the effective implementation of the Cape Town Convention…", ob. cit. *V*er también en este sentido las referencias aportadas por ARAGONÉS SEIJO, S. (2017). "Dificultad ejecutiva en España de las garantías internacionales sobre elementos de equipo aeronáutico", en *Revista de Derecho Del Transporte*, *20*, pp. 47–62. En particular, p.50 y nota al pie 16.

[34] CARRASCO PERERA, A., (2018) "Garantías y registro internacionales…", ob. cit. p.3

acogido a esta posibilidad y ha realizado una serie de declaraciones tanto al Convenio como, posteriormente, en la adhesión al Protocolo[35].

La declaración más relevante, en cuanto a la efectividad en la ejecución de las medidas sobre las garantías internacionales, fue la realizada inicialmente con la adhesión al Convenio conforme al art. 54.2. De acuerdo con ella, todos los recursos, en realidad medidas de realización ante el incumplimiento de que disponga el acreedor "podrá ejercerse únicamente con la autorización del tribunal". Esta declaración que imponía una vía de aplicación de las medidas tremendamente restrictiva, fue matizada mediante declaraciones realizadas por el Estado español en el Instrumento de adhesión al Protocolo[36].

En concreto, con dicha adhesión España realizó la declaración conforme al art.53, con la que se amplía el ámbito de autoridades que se entiende que pueden autorizar los recursos a utilizar por el titular de garantías internacionales del SCC. Así, tal declaración reza como sigue: "El Reino de España declara que todos los tribunales y autoridades competentes de conformidad con las leyes del Reino de España serán los tribunales relevantes a efectos del artículo 1 y el Capítulo XII". Más adelante se verán las implicaciones prácticas que tal declaración tiene para los mecanismos de realización de las garantías[37].

Por otro lado, hay que destacar la declaración realizada conforme al apartado 1 del art XXX y según la cual, se aplicará su artículo XIII, pero sin las restricciones impuestas por la declaración del art.54.2 del Convenio. Con ello, España permite la utilización de la ruta IDERA para la recuperación y exportación de la aeronave sin necesidad de una previa autorización judicial. De esta forma, el acreedor puede llevar a cabo esta forma de autoejecución, prevista en el Protocolo, conforme a las previsiones de su artículo XIII de forma directa y sin que ninguna autoridad deba ordenarla. Más adelante volveré sobre esta importante declaración y, sobre todo, sobre sus consecuencias prácticas.

En cuanto al RI, España ha establecido un punto de acceso obligatorio al realizar la declaración conforme al art. XIX (1). Con ello, toda garantía internacional sobre células de aeronaves y los helicópteros deberá pasar necesariamente por el Registro de Bienes Muebles de Madrid (en

---

[35] Sobre tales declaraciones puede verse HEREDIA CERVANTES, I., (2016) "Análisis de la adhesión…", ob. cit., pp. 7-13; pero de manera particular y más detallada en el trabajo posterior de este mismo autor (2017) "La adhesión de España al Protocolo aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo", en *Público privado en el derecho aeronáutico,* pp. 209–257. Tirant lo Blanch. En particular pp. 229 a 255. En el mismo sentido puede verse RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, (2016), "Key points for the effective…", ob. cit., pp. 286 y ss.

[36] La justificación en su momento para que España realizara la declaración conforme al art.54.2, sería la resistencia de los ordenamientos jurídicos continentales a la incorporación de una "autoayuda" en los términos del Convenio, tal y como apunta ACHIM, P. (2012) en "Garantías mobiliarias sobre el material aeronáutico: ¿conviene que España se adhiera al Convenio de Ciudad del Cabo?", en GUERRERO LEBRÓN, M. J. (Coordinadora) *Cuestiones actuales del derecho aéreo*, pp. 353–379. Marcial Pons. En particular, p.370.

[37] Sobre estas declaraciones y su relación entre sí puede verse RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, (2016), "Key points for the effective…", ob. cit. pp. 292 y ss. Señala esta autora que la declaración conforme al art. 53, indirectamente trata de re-alinear los métodos para ejercitar las acciones conforme al sistema uniforme con los métodos conforme al ordenamiento interno (p.294, la traducción es propia). En el mismo sentido HEREDIA CERVANTES, I., "La adhesión de España al Protocolo…", ob. cit. En especial pp. 245 a 256. Según este autor, esta declaración "pretende con ello no "petrificar" la declaración ante posibles cambios de nuestro ordenamiento interno tanto en las autoridades que podrían asumir la ejecución de las garantías como en sus funciones."

adelante, RBM) como paso previo a poder ser inscrita en el RI, cuando aquellos hayan obtenido una matrícula definitiva o provisional en el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles (RMAC) español. En el caso de los motores, el acceso a través del RBM es opcional[38]. Ello no significa que tal inscripción dote inmediatamente a todos los negocios y garantías que estén contenidos en el contrato que pretenda inscribirse en el RI el mismo régimen de protección que tienen las garantías sobre bienes muebles inscritas en el RBM español. Solamente deja constancia de que el contrato existe y se presentó para su posterior inscripción en el RI, a la vez que permite emitir el código autorizante que servirá para que el titular de las garantías solicite su inscripción en el RI[39].

Cuando se presenta al Registrador del RBM de Madrid el contrato que contiene las garantías internacionales como paso previo a su acceso al RI, éste no realiza un control sobre dicho contrato, como el que se le exige para la inscripción de las garantías mobiliarias que se rigen por el derecho interno. De hecho, los únicos datos que pueden exigirse a la hora de solicitar la autorización son los que deben incluirse en el formulario que está disponible en la web del RBM de Madrid y que básicamente son: los datos del solicitante, la descripción del bien, el negocio jurídico, los intervinientes y la firma[40]. Por ello, y por la propia naturaleza del RI, los mecanismos para la realización de las garantías del Convenio que únicamente han sido inscritas en dicho registro, están bastante limitados en nuestro ordenamiento interno.

4. La tutela judicial de las garantías del SCC en el ordenamiento procesal español

Para el cumplimiento de los fines del Convenio resulta de esencial importancia la efectividad práctica de los derechos de los acreedores protegidos por las garantías internacionales del SCC. Por ello deben analizarse cuáles serán las vías establecidas por el ordenamiento nacional que podrá seguir el acreedor cuando se produzca un incumplimiento de las obligaciones garantizadas, de acuerdo con el SCC (art. 14 del Convenio).

Partiendo de que nuestro ordenamiento jurídico viene siendo históricamente reacio a la autotutela por el acreedor de los derechos de garantía, el panorama con el que se encuentra el titular de garantías del Convenio cuando quiere hacer efectivas en nuestro país las medidas previstas en la norma internacional, no es sencillo. Por ello, no descubro nada nuevo si afirmo que la aplicación efectiva del SCC es complicada con los actuales instrumentos normativos de los que disponemos en España y los términos en los que se ha hecho la adhesión. El legislador nacional ha hecho poco o casi nada por cumplir expresamente con las obligaciones adquiridas con la adhesión al SCC en materia de procedimiento para realización de garantías.

---

[38] No procede hacer aquí más hincapié sobre esta materia, pero sí, al menos, señalar que el objeto sobre el que recae la garantía inscribible difiere entre el Registro Internacional, que contempla las células de aeronaves los motores y los helicópteros y nuestro RBM y en el RMAC, en el que se inscriben las aeronaves completas, con sus motores.

[39] Sobre la función del RBM como punto de acceso nacional pueden verse, entre otros, LORENTE HOWELL, J. L. (2016). "Convenio de Ciudad del Cabo: el punto de acceso nacional", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, *915*, pp. 10–15; y CASTELLANOS RUIZ M. J. (2017) "El registro internacional…", ob. cit., pp. 69 y ss.

[40] Puede verse el formulario publicado por el RBM para la presentación de la solicitud correspondiente en file:///Users/uib/Downloads/BienesMuebles3%20(1).pdf (visitado 20/10/2020).

Tal y como se acaba de señalar en el apartado anterior, con las declaraciones que acompañaban inicialmente a los instrumentos de adhesión del Estado español al Convenio, el legislador quiso respetar esta tradición y exigir que todas las medidas se lleven a cabo previa autorización judicial y, por tanto, nunca con la exclusiva actuación unilateral del acreedor. Posteriormente, con la adhesión al Protocolo ha suavizado esta exigencia permitiendo ciertos márgenes como la ampliación del término "tribunal", al admitir que puedan ser otras autoridades además de las judiciales, como podrían ser por ejemplo notarios, quienes autoricen las actuaciones ejecutivas del acreedor[41]; o incorporando la ruta IDERA, que permite al acreedor realizar actuaciones ejecutivas concretas sin previa autorización.

A pesar de esta evolución positiva, mi opinión es que nuestro legislador no se ha preocupado lo suficiente de que el ordenamiento disponga de procedimientos adecuados para la realización de las garantías internacionales. El espíritu del sistema uniforme de CC es dotar al acreedor de instrumentos para la realización de su derecho y no tanto, la declaración de la existencia del mismo y, por ello, el propio SCC define las eventuales medidas que compensarán el patrimonio del acreedor en sentido amplio, una vez que se ha producido el incumplimiento. En esta línea, permitir que el acreedor pudiera acceder directamente al proceso de ejecución sería la vía, en principio, mas adecuada y que mejor podría conjugar ambos sistemas. Sin embargo, ni ejecutivo, ni declarativo; no existe un cauce procesal adecuado para las garantías internacionales y que no termine por desvirtuar en cierta medida el espíritu con el que se concibió el instrumento internacional[42].

Para sustentar esta opinión y ver, en concreto, cómo es esta regulación en el ordenamiento español analizaré, en primer lugar, las vías judiciales previstas para estos casos, para pasar después a explorar posibles vías que se desarrollen fuera del ámbito jurisdiccional. En relación al proceso jurisdiccional habrá que referirse a cada uno de los ámbitos a través de los cuales se articula la tutela judicial, esto es, la tutela declarativa, la ejecutiva y la cautelar.
Aunque lo habitual sería comenzar con la tutela declarativa, ya que la declaración del derecho es previa a su ejecución, y principal respecto a su posible protección con carácter cautelar, prefiero abordar en primer lugar la tutela ejecutiva ya que, como dije, entiendo que esta sería la más apropiada para dar respuesta al acreedor garantizado por el SCC. Solo en segundo término me referiré a la tutela declarativa y a las medidas cautelares.

4.1. El acceso al proceso de ejecución por el titular de garantías internacionales y su utilidad práctica

El principal incentivo del Convenio para el acreedor, tal y como se ha visto en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, es la posición ventajosa en la que este lo sitúa en cuanto titular de garantías internacionales en caso de incumplimiento. Es por ello, por lo que este Convenio facilita las operaciones de financiación sobre aeronaves y sus motores. Cabe recordar cómo el

[41] En este sentido aboga CORDERO LOBATO, E. (2016), "Inversiones en el sector aeronáutico: oportunidades y retos del sistema de Ciudad del Cabo", en *Diario La Ley, 8832,* pp. 1-24, en particular p. 13, aunque para algunas actuaciones concretas como la efectiva puesta en posesión de la aeronave, deba acudir al auxilio judicial.

[42] El legislador detecta que puede haber un problema, por la disparidad de principios de nuestro ordenamiento con los del SCC. Pero con la declaración que pretendía adaptarlo y quizás superarlo, al no dar el siguiente paso de crear el proceso judicial específico para la tramitación de esta tutela, en realidad, lo que consigue es hacer de dicha disparidad y sus consecuencias, un problema aun más grave.

Convenio y su Protocolo contemplan un sistema de garantías autoejecutables, inserto más bien en culturas de corte anglosajón, donde se las conoce como self-help, pero que, no obstante, deben ser realizadas a través de procedimientos propios de cada Estado, no siempre receptivos a tales medidas. Por ello, puede ser necesaria la adopción de medidas legislativas que favorezcan su efectiva ejecución cuando el ordenamiento nacional no lo permita, o lo haga de manera muy limitada, como es el caso del ordenamiento español. Esto es lo que debería haber ocurrido en nuestro ordenamiento desde su incorporación hace ya casi un lustro.

La aplicación de las medidas para la realización de garantías en sistemas de Derecho Civil genera una importante tensión entre dos de los principios que inspiran el Convenio; en concreto, el principio de la autonomía de la voluntad en el nacimiento y la configuración de la garantía, que incluye la introducción de mecanismos de autoejecución, tales como la reposesión o la venta directa por el acreedor sin intervención judicial, por un lado, y el principio de respeto a la tradición jurídica nacional, por otro. Este último principio ha servido como fundamento a España para emitir la ya citada declaración que afecta a la forma en que se realizarán las garantías del Convenio (art. 54.2). Tal declaración neutraliza en gran medida su eficacia, al exigir la autorización de un tribunal para cualquiera de tales actuaciones, excepción hecha del procedimiento del art. XIII del Protocolo. Recuérdese que tales efectos han sido mitigados, aunque no desactivados, por la ampliación del concepto de tribunales relevantes realizado con la adhesión al Protocolo (declaración conforme art. 53).

No cabe duda de que los problemas para la implantación de las medidas previstas por el Convenio ante el incumplimiento del deudor se han acentuado en España por varios motivos que podrían resumirse en el escaso, prácticamente nulo desarrollo en su ordenamiento procesal de mecanismos de ejecución fuera del proceso jurisdiccional[43]. En efecto, en el ordenamiento jurídico español las actividades de la ejecución forzosa están reservadas a los órganos judiciales. Esta ha sido la tradición vigente en nuestro ordenamiento hasta la actualidad, conforme a la cual "el Estado es el sujeto principal y el único legitimado para realizar las actuaciones, constricciones, apercibimientos y actos de expropiación que integran el proceso de ejecución. Solo a él corresponden los mecanismos de la coacción jurídica y solo él tiene potestad para invadir la esfera de los derechos subjetivos de los particulares"[44]. A ello habría que sumar la inexcusable exigencia de título ejecutivo formalmente válido para el inicio de

---

[43] Si tuviéramos que buscar la causa para esta carencia habría que buscarla en diferentes factores. Así, por un lado, la jurisprudencia y las sucesivas reformas legislativas han ido moviendo, en una línea que parece más bien un zigzag, la frontera a partir de la cual la actuación ejecutiva estaba exclusivamente reservada al personal juzgador o incluso a un proceso jurisdiccional. En concreto, las sucesivas reformas legislativas en esta materia han ido dando cada vez más cancha a la actuación del Letrado de la Administración de Justicia, a la vez que la jurisprudencia se ha ido debatiendo sobre si era o no admisible un procedimiento extrajudicial de ejecución sobre bienes hipotecados (Ver. LORCA NAVARRETE, A. (2020), "La huida de la ejecución de la jurisdicción", en *Revista Vasca de Derecho Procesal* y *Arbitraje, 2,* pp. *245-259*. TAPIA FERNÁNDEZ, I., (2018), "La ¿ejecución? Hipotecaria extrajudicial. Un problema no resuelto", en *Revista general de derecho procesal, vol. 46,* pp. 1-21.

A ello hay que añadir la introducción en la nueva ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE nº 158 de 3.7.2015) de un expediente de jurisdicción voluntaria útil también para la realización de actuaciones derivadas de situaciones de incumplimiento y que, por tanto, se aleja de la jurisdicción contenciosa. A pesar de ello, no se ha producido un replanteamiento claro de cuál es la función y límites últimos de la función jurisdiccional en la realización forzosa de garantías.

[44] FERNANDEZ BALLESTEROS, M.A (2001). *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva ley de enjuiciamiento civil.* Irgium. P. 36.

cualquier actuación de la tutela ejecutiva ante los tribunales. Su origen puede ser bien judicial o asimilado, o bien consensual, como en el caso de los títulos extrajudiciales. Pero, en cualquier caso, sea cual sea su origen, los únicos títulos ejecutivos que nuestro ordenamiento reconoce son aquellos a los que una norma con rango legal ha dotado de tal fuerza ejecutiva.

La necesidad de que exista un título ejecutivo para el inicio de un proceso de ejecución y el hecho de que se requiera de una autorización por parte de la autoridad competente, que en España sería la autoridad judicial cuando se iniciara un proceso de ejecución (art.551 LEC), nos lleva a afirmar que, solo si el titular de garantías internacionales estuviera en posesión de un título ejecutivo formalmente válido podrá iniciar un proceso de ejecución para exigir que se ordenen las actuaciones previstas ante el incumplimiento en el Convenio.

Sin embargo, no se ha configurado un título ejecutivo específico que se corresponda con las garantías internacionales que, por tanto, no gozan de fuerza ejecutiva autónoma en el ordenamiento español. Ello significa que, el acreedor titular de una garantía del SCC que quiera ejercitar la acción ejecutiva directamente, sin pasar por un proceso declarativo previo, deberá constituir un título ejecutivo conforme a la norma española. Siendo esto así, el título ejecutivo más asequible y factible en estos casos podría formarse mediante la adopción de la fórmula de póliza notarial o escritura pública para el contrato en el que se reflejan las garantías. En ese caso sí que podría procederse contra los bienes gravados mediante el procedimiento ejecutivo general o, en su caso, el previsto para los bienes pignorados en los artículos 681 y ss. LEC, ya que, como señala CARRASCO PERERA, sin necesidad de descansar en una "garantía pignoraticia española" la garantía internacional ya vale como garantía pignoraticia "española"[45].

Esta solución solamente sirve para realizar el bien por el procedimiento previsto legalmente para estos títulos ejecutivos y que conduce a la obtención de una cantidad dineraria con la que el acreedor podría hacerse cobro de la deuda; y ello, siempre, con las limitaciones y exigencias que nuestro procedimiento de ejecución impone. La ejecución de título extrajudicial siempre es una ejecución dineraria que sirve al acreedor para la obtención de una suma de dinero mediante su apropiación de forma directa o bien mediante la realización del bien sujeto a la ejecución.

Sin embargo, la obtención de una suma de dinero no es, en realidad, la posibilidad que más le interesa al acreedor ya que, en los negocios relacionados con las células de las aeronaves y sus motores, lo que éste necesita es recuperar el control sobre ambos. Los acreedores estrictamente dinerarios (como podrían ser los bancos que prestan el dinero) tienen otros mecanismos para dirigirse contra fiadores de los que en su caso obtener las cantidades debidas, o bien disponen de cláusulas por las que retener cantidades de dinero que el arrendatario haya depositado, por ejemplo, por conceptos de futuras acciones de mantenimiento. Dado el incumplimiento, o incluso sin necesidad de que este se produzca, el acreedor puede hacer efectivas cartas de pago o apoderarse de cantidades que el deudor había puesto a su disposición y que ya estaban en cuentas del acreedor. Para todo ello, que no es actividad propiamente ejecutiva, sino actuación de cláusulas previstas en el propio contrato, no es necesario tener título ejecutivo ni iniciar procesos de ejecución.

Lo que puede resultar más difícil para el arrendador y ahí es donde el Convenio quiere ayudarle, es recuperar la posesión física y jurídica de la aeronave con sus motores. El objetivo para el cual

[45] Ver "Garantías y registro…", ob. cit., p. 14.

el arrendador puede querer recuperarlo dependerá, por un lado, del ciclo de vida en el que se encuentren la aeronave, pero, sobre todo, sus motores; y de la situación del mercado aéreo por otro. La combinación de ambos factores será, probablemente, la que determinará el fin último de las aeronaves, e incluso el posible valor o utilidad de los mecanismos del SCC para el acreedor. El Convenio quiere ayudar con sus medidas sobre los bienes garantizados a que el acreedor los recupere, y mantenga su valor, de manera que cuando aquel lo considere oportuno, pueda volver a hacer que el bien sea productivo y capaz de generar beneficios bajo el control de un nuevo operador. No podemos perder de vista que estamos ante bienes muy especializados cuyo valor solo es tal, en la medida en que pueden efectivamente ser explotados por operadores aéreos con un plan de negocio que sea viable.

Por ello, en función de los dos factores antes señalados, es probable que el cobro de rentas impagadas u otros conceptos dinerarios tenga un valor secundario frente a la recuperación del bien; y plantearse obtener una suma de dinero, como único y principal fin de la actividad ejecutiva cuando se trata de este tipo de bienes, y desvinculándolo de su reposesión es algo que no se corresponda con la propia naturaleza y sentido de las garantías del SCC[46].

En este contexto se entienden las medidas previstas para el incumplimiento en el Convenio, en sus artículos 8 a 10, completadas por las del art. IX del Protocolo. Básicamente, tales medidas van dirigidas a que el acreedor o arrendador tomen el control o la posesión del bien gravado para su beneficio, o que lo puedan vender o arrendar a terceros, o a que este perciba o reciba todo ingreso o beneficio que provenga de la gestión o explotación del mismo, por un lado (arts. 8 y 10 del Convenio y art. IX del Protocolo); o bien, a que el propio acreedor pueda hacerse con la propiedad del bien gravado para hacerse cobro de la deuda, suponiendo que no fuese ya propietario del mismo (art.9).

Como puede verse, aunque el trasfondo de todas las actuaciones es el cobro de una deuda dineraria, las medidas a adoptar se dirigen a dos tipos de actuaciones:

- Tomar el control sobre el bien gravado, esto es, la aeronave, a través de una serie de medidas dirigidas a que este pueda volver a producir beneficios de la manera más ágil y eficaz posible

[46] Buena muestra de la falta de realismo de un planteamiento puramente teórico-técnico en esta materia sería lo ocurrido con motivo de la crisis causada por el COVID-19. El notorio descenso del tráfico aéreo de pasajeros ha provocado que muchos operadores hayan disminuido drásticamente sus ingresos y hayan tenido graves dificultades para hacer frente a sus obligaciones garantizadas. Sin embargo, como regla general, los acreedores no han optado por declarar la existencia de un incumplimiento ni, por tanto, ejecutar las garantías correspondientes, a pesar de haber podido hacerlo. Ello se ha debido en gran medida a que la ejecución de las garantías no conllevaría, en estas circunstancias, ningún beneficio relevante para los acreedores, puesto que no encontrarían compradores para los bienes a un precio razonable, ni tampoco operadores alternativos a quienes entregar las aeronaves y que pudieran explotarlas en condiciones económicamente razonables. En muchos casos, se ha optado por obviar estas garantías y buscar otros caminos para dotar de viabilidad económica al mayor número de aeronaves posibles.

En otras ocasiones no ha sido necesario instar medidas de recuperación de las aeronaves, porque los propios deudores los han devuelto a los acreedores, ya que tampoco podían operarlos en condiciones económicas viables. En estos casos, el Convenio no protege realmente a los acreedores, ya que los mecanismos de recuperación de los bienes son innecesarios, no le aportan protección alguna y la única forma en la que el acreedor resulta beneficiado es a través de posibles pactos que afecten a cantidades de dinero del deudor y con las que aquel pueda hacerse.

- Realizar el bien gravado o conseguir que se transfiera su propiedad al acreedor para la satisfacción de la obligación.

El propio texto internacional prevé que todas estas medidas puedan ser actuadas por el acreedor directamente, o bien pueda instarse a la autoridad su adopción, como ocurriría en el caso del ordenamiento español que estamos aquí analizando.

Resulta muy interesante buscar un correlato entre estas previsiones y los posibles contenidos de la actividad ejecutiva de la LEC. Se aprecia con ello, que muchas de tales medidas están más acordes con actuaciones propias de la ejecución específica que de la ejecución dineraria. En concreto, la primera de dichas medidas, "tomar la posesión o el control de cualquier objeto gravado en su beneficio"(art.8), se corresponde esencialmente con lo dispuesto en el art. 701 LEC para la entrega de bienes muebles. Este último precepto prevé la puesta en posesión al acreedor de cosa mueble determinada por parte del Letrado de la Administración de Justicia (LAJ), encargado de la ejecución material. Su contenido, pues, se aproxima mucho al objetivo perseguido la letra a) del art. 8.1 del Convenio, aunque se requiere que sea actuado por la autoridad, el LAJ, y no por el acreedor directamente; y, en cualquier caso, debería realizarse en el seno de un proceso de ejecución. Eso vuelve a poner de manifiesto el problema de la ausencia de título ejecutivo específico para las garantías del Convenio. Pero no solo eso, ya que al limitar nuestro legislador todos los supuestos de ejecución no dineraria a aquellos en los que el acreedor tiene un título ejecutivo judicial o asimilado, también está vetando al acreedor de una garantía del SCC la posibilidad de acceder a estas actuaciones ejecutivas específicas, al menos por la vía de la ejecución judicial, incluso cuando haya optado por la opción antes señalada de formalizar los contratos en póliza o escritura pública.

Por su parte, la letra c) del apartado 1 de dicho artículo 8 que prevé la posibilidad de percibir o recibir todo ingreso o beneficio proveniente de la gestión o explotación del objeto gravado podría, quizás, encauzarse a través de la administración para pago de los artículos 676 y ss. LEC. Sin embargo, tampoco esto parece posible, ya que, además del problema de la ausencia de título ejecutivo que impide el inicio del proceso, la adopción de esta modalidad ejecutiva de administración con la finalidad del SCC no parece realista; o al menos es complicada en el caso de la explotación de una aeronave, por todo lo que ello requiere. En la práctica, a mi parecer, esta opción no sería comercialmente razonable en el contexto de la operación comercial de una aerolínea.

Entiendo, pues, que sólo la venta de los bienes prevista en la letra b) art.8.1 sería a día de hoy posible, conforme a las normas sobre el procedimiento de apremio, y siempre que hubiera titulo ejecutivo, básicamente por haberse constituido póliza notarial o hipoteca. Dentro de tal procedimiento, habría que recurrir a la venta por entidad especializada, dadas las peculiaridades del bien ejecutado (art. 641 LEC). La otra posibilidad prevista en esta misma letra b) para que se arriende el bien, tampoco sería aquí posible por este procedimiento y parece que solo tendría cabida, al menos teórica, dentro de la ya señalada administración para pago.

Por último, la previsión del art.9.2 del Convenio para que el tribunal transfiera la propiedad del objeto gravado al acreedor como satisfacción de la obligación, no sería posible en el marco de un proceso de ejecución, salvo en el ámbito de la subasta cuando así se prevea, o en los términos del art. 651 LEC, y sin los efectos liberatorios que el Convenio prevé.

Tampoco la protección de los terceros con otras garantías sobre el bien objeto de la garantía tendrían una adecuada protección en el ámbito del proceso de ejecución. Nuestro ordenamiento prevé su intervención a través de dos tipos de tercerías: la de dominio y la de mejor derecho. En este sentido, tal y como CARRASCO PERERA señala, si bien el espíritu del Convenio es más bien el que estos terceros utilicen una especie de una tercería de dominio, que pueda paralizar la ejecución demostrando que es el tercero quien tiene derecho a poseer el objeto gravado, nuestras normas procesales nos llevarían más bien hacia una tercería de mejor derecho, lo cual es totalmente contrario al espíritu del Convenio[47].

En definitiva, la utilización de la vía del proceso de ejecución para la realización de las medidas previstas para el incumplimiento por el Convenio está principalmente limitada por la ausencia de previsión de título ejecutivo específico. Por lo tanto, o bien el titular de la garantía acude a un proceso declarativo previo que le proporcione dicho título de origen judicial, lo que, además, le abriría las puertas de la ejecución específica; o bien, constituye la garantía en póliza notarial o escritura constitutiva de hipoteca sobre aeronave. Esta última opción, que le dotaría de título ejecutivo extrajudicial, le permitiría iniciar el procedimiento para la realización de los bienes gravados, con la falta de eficacia y lentitud que los caracteriza en la actualidad y que, además, no satisfaría realmente los intereses de estos acreedores, según se ha tenido ocasión de comprobar en los párrafos anteriores.

Así las cosas, la vía ejecutiva más directa que le queda al acreedor cuando quiera realizar las garantías sobre una aeronave en España será la que le ofrece el Protocolo en su art. IX. Esta posibilidad, ejercitada en los términos del art. XIII permite la actuación del acreedor de la ruta IDERA. Pero dado que esta ruta no requiere autorización previa ni está vinculada a ningún procedimiento judicial, la dejaremos para su análisis en el apartado correspondiente a las medidas a realizar fuera del ámbito procesal.

De cara al futuro y como se dirá en las conclusiones, una vez examinados el resto de aspectos para la realización procesal de las garantías, el legislador podría crear un título ejecutivo específico para el acreedor de garantías internacionales del Convenio. Conforme a las peculiaridades para la ejecución de las medidas previstas ante el incumplimiento y teniendo en cuenta su origen, ni la asimilación de este nuevo título ejecutivo a los títulos ejecutivos judiciales, ni su consideración como un título extrajudicial puro, daría una adecuada tutela al acreedor, con el respeto necesario al deudor y a los derechos de los terceros.

Así, sería conveniente que este título fuese asimilado a los judiciales en tanto que permitiera la adopción por el LAJ de medidas propias de la ejecución específica, como la puesta en posesión de la cosa al acreedor (art. 8.1 a) del Convenio), ya que, si se configurara como un título extrajudicial puro seguiría existiendo la limitación antes dicha para llevar a cabo únicamente acciones propias de la ejecución dineraria. Pero a la vez, la oposición a la ejecución debería mantenerse en los términos más amplios, previstos para los títulos extrajudiciales, ya que de otra forma, podrían vulnerarse los derechos de defensa legítimos del deudor. Estaríamos, pues, ante un título ejecutivo mixto, lo que no es algo nuevo en nuestro ordenamiento ya que está previsto, por ejemplo, para el auto de cuantía máxima (art. 517. 8º LEC). Dicho título, aun teniendo carácter judicial, permite un ámbito de oposición más amplio, legislado específicamente para ese supuesto y que atiende a sus peculiaridades (art. 556.3 LEC).

[47] Ver CARRASCO PERERA, A., (2018) "Garantías y registro internacionales…", ob. cit., p. 10.

Por último, en el nuevo título creado para los titulares de garantías internacionales también debería asegurase que los terceros con derechos sobre el bien garantizado son protegidos en los términos del Convenio según se ha dicho más arriba. Pero, sobre todo, debería establecerse un régimen claro de preferencia de créditos, teniendo en cuenta como funciona el RI y su combinación con nuestro RBM. Esto requerirá un estudio desde el punto de vista sustantivo y una adaptación en su caso, de las tercerías previstas en nuestro ordenamiento. Todo ello podría hacerse, además, teniendo a la vista la futura incorporación al ordenamiento español del resto de Protocolos que conforman el SCC, creando las condiciones legales adecuadas para su correcta implantación.

4.2. Los procesos declarativos ordinarios para la tutela de las obligaciones garantizadas

Al acreedor del SCC siempre le queda la posibilidad de acudir al proceso declarativo que corresponda para reclamar la tutela de sus derechos sustantivos, protegidos con las garantías internacionales. Por esta vía y caso de estimarse sus pretensiones conseguiría una sentencia de condena y con ello un título ejecutivo de origen judicial que condenaría al demandado a realizar las actuaciones previstas en los artículos 8 y 9 del Convenio. Sin embargo, como hemos visto, el espíritu del SCC se vería desvirtuado si para la adopción de dichas medidas tuviera que instar un proceso declarativo. Dicho proceso, previsiblemente, debería dirimirse por los cauces del juicio ordinario (arts. 399 a 436 LEC), al no haber previsión específica al respecto; y necesitaría de bastante tiempo y esfuerzo, solo para obtener el título ejecutivo que luego permitiera ejecutar forzosamente dichas prestaciones.

Una posible solución a la excesiva duración que tendría la tramitación por el procedimiento ordinario pasaría por la utilización de alguno de los procedimientos sumarios, ya previstos en la LEC para otros supuestos de tutela de derechos inscritos en Registros públicos. Este sería el caso tanto del procedimiento para la reposesión de bienes muebles que hayan sido objeto de arrendamiento financiero o venta con reserva de dominio, como del previsto para la obtención de título ejecutivo para el cobro, en el caso de créditos concedidos para la venta a plazos de bienes muebles (arts. 250 10º y 11º LEC). En ambos casos, las pretensiones tienen como fundamento la inscripción en el Registro de Bienes muebles (RBM) de los correspondientes contratos que se han realizado conforme a los formularios establecidos previamente.

A mi juicio, una de las principales pegas con la que se encuentra la eventual utilización de estos procedimientos sumarios cuando se trata de garantías del SCC radica en la diferente configuración de las inscripciones de los contratos constitutivos de dichas garantías en el RBM y en el RI[48]. Las acciones de la LEC están basadas en la inscripción de los contratos sobre bienes muebles en el RBM, previa calificación de su legalidad por el Registrador y, por tanto, con las garantías que tal procedimiento de calificación otorga a los derechos inscritos. Este procedimiento de control de la legalidad y los efectos que produce la inscripción en el RBM permiten o sustentan al proceso judicial sumario para la tutela de tales derechos.

[48] Ver sobre esta contradicción de manera extensa GUERRERO LEBRÓN, M. J., (2010). "El convenio de ciudad del cabo…", ob. cit. En particular pp. 142-144.

En cambio, la actividad ante el RBM como punto de acceso nacional necesario para la inscripción en el RI, consiste en una mera solicitud de autorización con la obtención de un código de referencia, que será el que luego utilizará el acreedor para la inscripción en el RI de su garantía. Esta solicitud y la obtención de la autorización no da lugar a una inscripción en el RBM, sino a una mera anotación preventiva, en los términos expresados por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (ahora DGSJFP) de 29 de febrero de 2016. Por su parte, el RI no somete a las garantías inscritas a ningún procedimiento de calificación, sino que, una vez obtenido el código autorizante en el RBM, se procede a la inscripción por el acreedor en dicho RI. Por ello, los efectos que tal inscripción produce son solo de oponibilidad frente a terceros y de prioridad frente a otras garantías inscritas con posterioridad[49].

Por lo tanto, la única vía por la que podría plantearse la analogía con los procedimientos de los arts. 250 10º y 11º LEC sería si se hubiera realizado una verdadera inscripción en el RBM, mediante la aportación de los documentos necesarios conforme la normativa española para la inscripción de las garantías mobiliarias y la obtención de una calificación favorable. Tales documentos, básicamente, serían los correspondientes a la constitución de una hipoteca de aeronaves; y, aunque esto podría hacerse, lo cierto es que como señalan CARRASCO Y CANALEJAS, si de lo que se trata es de inscribir una hipoteca de aeronaves, lo que no parece muy atractivo para el acreedor internacional, este dispondría entonces de un título ejecutivo extrajudicial y, por tanto, no necesitaría del previo declarativo previo[50].

De lo dicho hasta ahora podríamos concluir que la normativa actual no permite utilizar este procedimiento declarativo sumario para acciones basadas en garantías internacionales del SCC[51]. Tampoco encontramos un cauce adecuado para la tutela de los terceros en la regulación actual del proceso declarativo ordinario aplicado a estas pretensiones[52]. No obstante, considero que abrir una vía para su aplicación en estos casos mediante una previsión específica dentro de los procesos sumarios previstos en el art. 250 LEC sería útil, y podría utilizarse en los casos en los que el acreedor considere necesario o conveniente solicitar la tutela judicial.

Eso sí, no bastaría con que se hiciera una interpretación analógica que extendiera sin más la utilización de los procedimientos sumarios antes señalados para los casos de garantías internacionales, sino que debería abordarse con una reforma legal expresa. Tal reforma debería crear un procedimiento específico, de carácter sumario, que recogiera las peculiaridades para la ejecución de las garantías del SCC y su coordinación con las garantías nacionales y que se desarrollaría ante los Juzgados de lo Mercantil. Esto podría pasar por la creación o adaptación de un juicio verbal específico, ágil y flexible, que atienda a las pretensiones previstas para el caso de incumplimiento conforme al Convenio.

---

[49] Sobre tales efectos en el RI puede verse más extensamente RODRÍGUEZ DE LAS HERAS (2017), "Capítulo 2. El convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y sus protocolos", en *Textos internacionales sobre garantías mobiliarias*, pp. 61–146. En particular, 114-123.

[50] Ver CARRASCO PERERA, A., CANALEJAS MERÍN, J.F., (2016) "La dirección General de los Registros y del Notariado vuelve a «enrocarse» contra el sistema de garantías aeronáuticas del Convenio de Ciudad del Cabo". En *Análisis GA&P*. *https://www.ga-p.com/publicaciones/la-direccion-general-de-los-registros-y-del-notariado-vuelve-a-enrocarse-contra-el-sistema-de-garantias-aeronauticas-del-convenio-de-ciudad-del-cabo/* Visitado el 15/10/2020.

[51] También se muestra contrario a la utilización de esta vía, ARAGONÉS SEIJO, A., "Dificultad ejecutiva…", ob. cit., pp. 57 a 59.

[52] Ver CARRASCO PERERA, A., (2018) "Garantías y registro…", ob. cit., p. 10.

Mediante la creación de este procedimiento específico y sumario el legislador podría también, si así lo considera oportuno, permitir la discusión dentro del mismo proceso de elementos clave para el correcto funcionamiento de las garantías previstas en el Convenio. El ámbito de conocimiento del proceso debería adecuarse a lo previsto en el Capítulo III. Así, por ejemplo, podría alegarse y probarse acerca de la existencia de incumplimiento previsto por su art.11, como presupuesto para estimar las pretensiones del actor en el seno de este proceso verbal.

También debería legislase de manera que se diera, en su caso, el adecuado tratamiento de los terceros con otras garantías sobre el bien. Por ejemplo, cabría establecer un trámite de llamamiento a terceros interesados según el Convenio (art.1 m) ii. Y iii) para permitir su intervención en el proceso. Finalmente, con la introducción de la posibilidad de alegar y probar, delimitadas legalmente en los términos de lo que se adapte al SCC, se permitiría que la sentencia pudiera pronunciarse sobre tales extremos. Con ello, además, el acreedor estaría en posesión de un título ejecutivo de origen judicial, que le abriría el proceso de ejecución de forma más adecuada también al espíritu del Convenio. De ahí la conveniencia de regular expresamente esta tutela con un procedimiento sumario específico[53].

4.3. La adopción de medidas cautelares propias del Convenio en los procesos jurisdiccionales nacionales

El ordenamiento procesal prevé la adopción de medidas cautelares como una forma de conseguir la efectiva tutela de los derechos del demandante. Su sentido es, pues, el de procurar la efectividad de la futura sentencia, evitando los riesgos de que esta se malogre como consecuencia del paso del tiempo durante la tramitación del proceso principal. Por lo tanto, en nuestro sistema procesal, las medidas cautelares están pensadas como un remedio instrumental respecto del proceso principal.

El SCC tiene sus propias medidas cautelares que, en el instrumento internacional no aparecen necesariamente vinculadas a ningún procedimiento judicial, sino a la realización de las medidas definitivas previstas en los preceptos anteriores. Pero estas medidas sí que están previstas para que el acreedor las obtenga "rápidamente" de un tribunal, y a que el tribunal ordene unas condiciones (art. 13 párrafos 1 y 2 del Covenio). No aparece aquí la posibilidad de que el acreedor las realice directamente, sino que requiere que sean ordenadas por la autoridad judicial. Ello es lógico, puesto que, a pesar de que entre los requisitos para su adopción aparece que el deudor debe haberlas aceptado previamente, su realización directa por el acreedor podría dar lugar a situaciones de excesiva arbitrariedad o abuso por el acreedor, no solo respecto del deudor, sino también de otros terceros interesados.

Es cierto que la expresión tribunal no tiene que corresponderse necesariamente con una autoridad judicial, sino que podría una autoridad de otra naturaleza. Ahora bien, las posibilidades de que estas medidas puedan ser adoptadas en nuestro ordenamiento y conforme

[53] La ampliación prevista para el ámbito del juicio verbal en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (aprobado por Consejo de Ministros de 15/12/2020), iría en la línea aquí apuntada de utilizar el cauce del juicio verbal para la mejorar la tutela judicial haciéndola más ágil para determinados derechos.

a la normativa nacional por una autoridad que no sea la judicial son muy limitadas en el ordenamiento español[54].

Así pues, las medidas cautelares son instrumentales de una medida definitiva de la que dependen. En puridad, las medidas cautelares deben estar vinculadas a proceso judiciales, a cuya efectividad contribuyen garantizando el objeto de la tutela y minimizando los riesgos que el paso del tiempo puede suponer para dicha efectividad. Sin embargo, hay otras actuaciones que suponen la protección cautelar de un derecho sin que una autoridad judicial deba aprobarla. Un claro ejemplo de este tipo de medidas cautelares serían las que pueden adoptarse por la autoridad administrativa en el art. 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE nº 236 de 2.10.2015) (en adelante LPACAP). Dicha autoridad deberá seguir el procedimiento previsto en la LEC, que actúa como ley supletoria en estos casos, en todo aquello que no esté expresamente previsto por la propia LPACAP.

La cuestión que se plantea entonces es la misma que ya surgía en relación a las anteriores formas de tutela y consiste en la necesidad de encontrar cauces procesales adecuados para su ejercicio. Así, tras la declaración conforme al art. 53 realizada con la adhesión al Protocolo, la adopción de medidas cautelares no requeriría necesariamente la intervención de la autoridad judicial, sino que podrían adoptarse por otra autoridad siempre que se hiciera dentro de un procedimiento legal adecuado. Por lo tanto, la adopción de medidas cautelares fuera de un proceso judicial debería estar vinculada a que todo el procedimiento se desarrolle fuera de este entorno y, por tanto, será al analizar dichos procedimientos cuando veremos si será o no posible.

Si nos ceñimos a la adopción de las medidas cautelares en el contexto de un proceso judicial, habrá que remarcar que tal posibilidad es siempre instrumental respecto de una tutela principal y está en función de la misma. En este sentido, no cabe pensar en unas medidas cautelares desligadas de un proceso declarativo y de la concreta tutela que en el mismo se solicita. Por ello, mientras no se inicie o se vaya a iniciar un proceso de declaración no será posible solicitar del juez la adopción de medida cautelar alguna[55]. Incluso si se sostuviera la posibilidad de adoptar medidas cautelares como instrumentales de la ejecución, en la medida que el proceso de ejecución no es viable a partir de un título de que no fuera judicial, tampoco tendría mucho sentido adoptarlas por esta vía, sino que ya vendrían fijadas desde el procedimiento declarativo anterior. Esta situación y la falta de cauces reales y efectivos a los que vincular la solicitud de

---

[54] A pesar de que CARRASCO PERERA, A., (Ver "Guía de derecho material español…", ob. cit., p.22) señala como posible la vía que el art.15 del Convenio podría abrir, permitiendo excepcionar la exigencia de autorización judicial a través de pactos particulares, no tengo claro que ello sea posible. Si la dicción del precepto permitiría interpretar que es posible que se eluda la autorización del juez para la adopción de las medidas cautelares, considero que su espíritu es que se modifique o se aumenten las concretas medidas provisionales o incluso ejecutivas que se quieran adoptar por las partes. Pero no creo que sirva para obviar los procedimientos a seguir, ya que se excluye de los pactos de no aplicación al artículo 14, que precisamente está dedicado a los requisitos de procedimiento. Además, el espíritu del Convenio es el de proporcionar al acreedor mecanismos para la reposesión no judiciales (self-help) y una protección judicial avanzada para la adopción de medidas cautelares, mientras esta pendiente la solución definitiva. Ver LESSARD M., JEBELY, P., WOOL J., (2017), "Of Swords and Shields…", ob. cit., p. 79.

[55] Aunque la LEC prevé la posibilidad de que se soliciten y adopten medidas cautelares antes de la interposición de la demanda principal cuando así esté justificado, también dispone que queden sin efecto si la demanda no se presentaré a los 20 días ante el Tribunal que conoció de su adopción (art 730 LEC).

medidas cautelares suponen un obstáculo casi insalvable para que el titular de garantías internacionales pueda solicitar y obtener tales medidas.

Ahora bien, pensando en la efectividad presente de estas medidas, cuando el objeto de la garantía esté físicamente en territorio español y nuestros tribunales sean los competentes, podrían solicitarse las medidas cautelares previas o simultáneas a una demanda de juicio ordinario, como se ha visto anteriormente. Con ello, aunque el declarativo en sí no sea muy útil, el acreedor podría encauzar la solicitud de las medidas cautelares correspondientes, que podrían ser adoptadas por el juez y que permitirían en la práctica tomar un cierto control material sobre dicho objeto mientras se busca alguna salida para el mismo, por ejemplo, con el ejercicio de la ruta IDERA. Una vez que el acreedor hubiera obtenido así el control sobre el bien podría desistir del proceso principal, que habría dejado de tener interés para él. En el futuro, si se diseñara por el legislador un proceso declarativo sumario para la tutela de estos derechos, tal y como se ha propuesto anteriormente, podría solicitarse cualquiera de las medidas cautelares previstas por el SCC al hilo de tal procedimiento, facilitando así la agilidad en la tutela del acreedor y su completa protección.

Teniendo en cuenta lo anterior es conveniente analizar la materialidad de las medidas a adoptar. En este sentido cabe recordar que en nuestro ordenamiento las medidas cautelares constituyen un "numerus apertus" y, además, pueden ser innominadas. De esta forma, una vez abierta la vía procesal para su solicitud, cabría la posibilidad de que se adoptara cualquier medida que fuera adecuada para garantizar la efectividad futura de la sentencia, sin necesidad de que previamente se hubiera regulado normativamente. Cuestión diferente es que deberán ser bien explicadas y fundamentarse adecuadamente a unos jueces que no están familiarizados con este Convenio y su contenido, para que estos puedan aplicarlas correctamente.

La aplicación de este criterio al SCC implica que pueden solicitarse y adoptarse por el tribunal cualquiera de las medidas previstas expresamente por el Convenio en su art. 13. Sobre las medidas contenidas en dicho precepto cabe decir que resultan extremadamente útiles y necesarias para la efectividad de las garantías internacionales sobre los objetos aeronáuticos. Así las actuaciones previstas en las letras "a" a "d" permiten "conservar el objeto y su valor", recuperar la posesión, control o custodia del objeto, inmovilizarlo, arrendarlo o gestionarlo para ingresar el producto. Si se observa, hay medidas puramente cautelares y otras que adelantan en cierta medida la ejecución. Ambas serían posibles en nuestro ordenamiento y, en especial, la rápida adopción de la primera de ellas es muy importante, ya que permitiría que las aeronaves conservaran su valor mientras se tramita el resto de las cautelares y el procedimiento principal. No se debe olvidar que las aeronaves requieren de constantes tareas de mantenimiento que pueden afectar de forma importante a su valor económico. El resto de medidas previstas en dicho artículo también serían muy útiles para que el acreedor tomara el control efectivo sobre la aeronave; además, las partes podrían haber pactado, en virtud del art. 15 Convenio la posibilidad de adoptar otras medidas cautelares diferentes de las previstas en el art.13; e incluso sin haberlas pactado, el acreedor podría pedir del juez cualquier otra medida de las del art. 727 LEC que fuera adecuada, siempre que estuviera justificada, según se ha dicho más arriba[56]. Cabe destacar que la adopción de estas medidas permitiría aliviar en cierta forma,

[56] Podría incluso darse el caso de que el acreedor que insta en España la adopción de medidas del Convenio, en realidad al estar el proceso principal en otro país a través del art. 722 de la LEC. Dicho precepto le permitiría pedir en España cualquier medida cautelar posible en nuestro ordenamiento y, por

los nocivos efectos que la lentitud del proceso de declaración puede suponer para el acreedor, al permitirle tomar el control sobre el bien garantizado desde el primer momento y mientras dure el proceso.

En cuanto al procedimiento, el tribunal deberá comprobar que se cumple con los requisitos generales previstos en la LEC, que pueden ser adaptados según establece el párrafo 1 del art.13 del Convenio. Así, por ejemplo, la apariencia de buen derecho del art. 728.2 LEC se concretará en la "prueba del incumplimiento de las obligaciones del deudor" (art. 13 del Convenio). Junto a ello, el tribunal examinará que se cumpla con otro requisito específico, no previsto en la LEC, de que "el deudor lo haya consentido en algún momento", en relación a la medida concreta que se solicita. Entiendo que este requisito "extra" no se aplica para la adopción de todas las medidas cautelares posibles, sino únicamente de aquellas específicas del Convenio o Protocolo, que no tuvieran reflejo en las generales de la LEC, que únicamente estarían sometidas a los requisitos que la norma procesal establece.

Por último, hay que recordar que España no ha realizado la declaración del apartado 2 del art. XXX del Protocolo, con la que se permitiría al acreedor (siempre con los problemas procesales señalados de requerir su vinculación a un proceso declarativo) solicitar las medidas previstas en el art. X y que suponen, en realidad adelantar la ejecución de las medidas definitivas[57].

4.4. El expediente innominado de Jurisdicción Voluntaria

La reforma de la Jurisdicción Voluntaria operada en el ordenamiento jurídico español mediante ley 15/2015 de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE nº 158 de 3.7.2015) (en adelante LJV), puede ser una buena oportunidad para dotar de contenido a la necesaria autorización, en este caso judicial, que la adhesión de España al Convenio exige, sin que necesariamente ello implique el inicio de un proceso jurisdiccional contencioso.

---

ende, previstas en el Convenio, solo justificando la existencia de dicho procedimiento; y mucho más en el caso de que se hiciera una interpretación extensiva de dicho término y se admitiera cualquier actuación realizada al amparo del Convenio en un país extranjero.

[57] Este artículo, que no es aplicable en nuestro país puesto que exige la declaración parte del Estado conforme al párrafo 2 del art. XXX, concreta el significado del término "rápidamente" del art.13 del Convenio en el "número de días laborables contados desde la fecha de presentación de la solicitud de medidas previsto en la declaración formulada por el Estado contratante. Además, añade una nueva medida cautelar, conforme a la cual, si el deudor y el acreedor lo acuerdan específicamente en algún momento, se podrá realizar la venta del objeto y la aplicación del producto de la misma. Además de estas medidas, en sus párrafos siguientes, este precepto prevé que puedan excepcionarse algunas de las posibilidades que el Convenio establece para proteger al deudor frente al acreedor, y que se prevén en el párrafo 2 del art.13 y, además, aligera y simplifica la ruta IDERA a la que luego me referiré.

Otro apartado sobre el que la tutela cautelar puede tener una gran importancia práctica es el referente a todo el material técnico y registros de la aeronave, así como las dependencias donde se encuentran los repuestos necesarios para su mantenimiento. A los primeros y su problemática ya me referí en el apartado de la ejecución. Los segundos, no son imprescindibles, pero pueden tener un valor económico significativo y además pueden ahorrar al nuevo operador una cantidad importante cuando continúe con la operación de la aeronave.

Sin embargo, esta petición no entraría dentro del objeto de la garantía del Convenio que parece limitarse a los elementos señalados: las células de las aeronaves, los motores y los helicópteros. Habría que ver una solución para incorporar posibles medidas cautelares en este sentido, que estuvieran ligadas también a su recuperación con el proceso principal o las medidas ejecutivas ante el incumplimiento.

Valga recordar que, llegado el punto de constatar un incumplimiento y tras no haber llegado a un acuerdo voluntario de entrega del bien objeto de la garantía por el deudor, lo más importante para el acreedor, será poder recuperar el control sobre la aeronave de la forma más rápida y eficaz posible; y, para ello, lo más eficiente con la actual normativa es la utilización del IDERA, en los términos que señalaré en el apartado correspondiente.

Pero una vez dicho esto, y puesto que el IDERA es solo una medida más, incluida en el Protocolo, conviene buscar una solución viable para el resto de medidas ejecutivas y, quien sabe, si cautelares, contenidas en el Convenio.

La esperada durante mucho tiempo reforma de la Jurisdicción voluntaria trajo a nuestro ordenamiento una profunda reforma en la que había sido su concepción hasta ese momento, y abrió una importante vía de tutela de los derechos civiles y mercantiles, al margen de la jurisdicción contenciosa. En este marco, los expedientes de jurisdicción voluntaria pueden resultar un mecanismo procedimental muy adecuado para tramitar la adopción de las medidas previstas ante el incumplimiento del deudor en el SCC[58]. Y aunque el propósito del SCC no era diseñar un sistema tan complejo, la utilización de este expediente puede ser un buen compromiso.

La nueva LJV ha supuesto un cambio profundo de la concepción del tipo de tutela que la misma ofrece y de su regulación. Tal y como señala BAYO RECUERO, la nueva ley "busca la aproximación a los principios que caracterizan a la jurisdicción contenciosa"[59]. A pesar de ello, el art.1.2 de la LJV sigue diciendo que se tratará de materias en las que se requiera la intervención de un juez civil o mercantil, pero sin que exista controversia que deba sustanciarse por un proceso contencioso[60].
En el caso de producirse un incumplimiento conforme al Convenio algo de controversia entre acreedor y deudor debe existir porque, de lo contrario, las partes habrían llegado a un acuerdo particular previsto en el propio contrato, o alcanzado a posteriori, para solucionar los problemas que hayan surgido en la ejecución del contrato. Pero también puede que la controversia sea pequeña y que pueda sustanciarse a través del trámite de oposición que se ha introducido la nueva ley, en concreto a través de su art. 14. Así, considero que el recurso a la jurisdicción voluntaria es posible para obtener la autorización de la autoridad judicial en la adopción de las medidas ejecutivas del SCC.

El concreto expediente a seguir sería uno de carácter innominado, que se sustanciaría según las "normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria"

---

[58] Así lo apunta CARRASCO PERERA, quien entiende que cabría postular que el régimen procesal para la tramitación de la necesaria autorización judicial se corresponda con el de los expedientes de jurisdicción voluntaria. Ver CARRASCO PERERA, A. "Garantías y registro internacionales sobre equipo…", ob. cit., p. 15.

[59] BAYO RECUERO, M. N., (2016) "Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación", en *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*. Pp. 33–37. En especial, p. 37

[60] La jurisdicción voluntaria puede definirse "como aquella actividad no contenciosa atribuida "ex lege" a un órgano judicial en garantía de derechos con la finalidad de satisfacer los intereses jurídicos de los particulares, precisamente para la protección con el debido desinterés objetivo, de intereses preferentemente públicos como son la cereza de las relaciones jurídicas, la verificación de las condiciones exigidas legalmente o la tutela de las personas. Ver LIÉBANA ORTIZ, J.R., (2015), "Preliminar", en *Comentarios a la Ley de jurisdicción voluntaria,* pp. 38-39. Aranzadi.

(arts. 9 a 22 LJV); y el encargado de llevarlo a cabo sería el Juez de lo Mercantil, ya que se trata de una de las materias que caen bajo su jurisdicción.

En los expedientes de jurisdicción voluntaria se introducen las garantías propias de los procesos contenciosos e incluso, como acabo de señalar, permite la posibilidad de que la parte frente a la que se dirige el expediente se oponga, sin que por ello el expediente se transforme en un proceso contencioso. Eso sí, la posible tramitación de esa oposición en una vista oral, que debería celebrarse como la prevista para el juicio oral en la LEC, puede retrasar la decisión final del juez; tanto porque hay que fijar la vista dentro de la Agenda de señalamientos, como porque complica la decisión al hacer más compleja la materia sobre la que debe decidir y pronunciarse el juez.

En cualquier caso, el acreedor de una garantía internacional podría acudir al juzgado de lo Mercantil y formular el inicio del expediente conforme a lo dispuesto en el artículo 14 LJV. Al tratarse de un expediente innominado, el solicitante podrá detallar sus pretensiones, que se concretarán conforme a las medidas dispuestas por los artículos 8 a 10 del Convenio. Cabría en este caso, a mi juicio, solicitar también las medidas cautelares del art.13 del Convenio. A pesar de que no es una vía pacíficamente aceptada entre doctrina y jurisprudencia, entiendo que aquí estamos en uno de esos supuestos en los que podría actuar el carácter supletorio de la LEC a la LJV y solicitarse del juez la adopción de las correspondientes medidas cautelares que garantizaran la efectividad del expediente principal[61].

Por otro lado, de seguirse este procedimiento para la adopción de las medidas principales del Convenio ante el incumplimiento, sería posible citar a otros interesados en el resultado del procedimiento, conforme al art. 17 de la LJV, además de citar al garante si lo hubiera, y al deudor sin las limitaciones que impone el procedimiento ordinario civil. De esta forma podría darse un cauce a la intervención de los terceros, que podría acomodarse a las exigencias del propio Convenio en relación a los terceros interesados.

Otra de las ventajas de la utilización de este procedimiento consiste en que, la resolución que pone fin al expediente constituye un título ejecutivo y como tal podrá ser objeto de ejecución conforme al artículo 22 de la LJV, que se remite a lo dispuesto por la LEC y en particular, a sus artículos 521 y 522. Por lo tanto, todos aquellos pronunciamientos del expediente que fueran de condena podrían ser objeto de ejecución, incluso la no dineraria o específica. Ello permitiría que se acordaran medidas concretas para permitir que se devuelva la posesión del bien al acreedor; y las actuaciones que requieran la inscripción en algún Registro no necesitarían de ulterior procedimiento, sino que podrá instarse inmediatamente su actuación.

---

[61] A favor de aceptar la posibilidad de adoptar medidas cautelares en determinados procedimientos de Jurisdicción Voluntaria puede verse a PEREZ DAUDÍ, V., (2015) "La posibilidad de adoptar medidas cautelares en los expedientes de Jurisdicción Voluntaria", en *Justicia: Revista de Derecho Procesal, 2* pp. *167-184.*

También se plantea este autor la posibilidad de que estos expedientes puedan servir en determinados casos específicamente para la adopción de medidas cautelares. En esta línea, podríamos plantearnos si no sería posible que a través de este procedimiento pudieran solicitarse el juez las medidas cautelares, que no se entenderían así en el sentido estricto que las concibe la LEC, como instrumentales de un proceso principal, sino de la petición principal que se solicita en el expediente.

En definitiva y a modo de conclusión cabe afirmar que, aunque sea con limitaciones, este expediente innominado de jurisdicción voluntaria podría dar solución tanto a las peticiones de tutela directamente ejecutivas, como a las cautelares, permitiendo una tutela efectiva de los derechos en un tiempo razonable, a la vez que se cumple con las garantías básicas de la jurisdicción.

5. Vías extrajudiciales y de autoejecución de las garantías internacionales

En las líneas anteriores se ha puesto de manifiesto cómo el SCC está diseñado en el marco de sistemas procesales de corte anglosajón y, por tanto, las medidas previstas para la realización de las garantías despliegan sus efectos más eficazmente cuando se autoejecutan por parte del acreedor. Estas previsiones sufren cuando requieren en todo caso de la autorización previa de una autoridad, especialmente si esta es judicial, y además el procedimiento nacional conforme al cual deben ejecutarse no está adaptado al espíritu y necesidades del SCC.

Ante estas premisas y tras el análisis realizado de los mecanismos judiciales para la realización de las garantías internacionales puede afirmarse que nuestro ordenamiento procesal da una respuesta verdaderamente pobre al acreedor con garantías del SCC. Aunque el expediente de jurisdicción voluntaria parece ser una vía actual y más adecuada para la realización por la autoridad judicial de las garantías del SCC, no obstante, hay que considerar otras posibilidades que puede ofrecer el ordenamiento español para realizar estas garantías fuera de la vía procesal, ya sea sin autorización judicial o con la mera colaboración de una autoridad administrativa, tal y como se ha previsto con la llamada ruta IDERA. Merece la pena, incluso, explorar la posibilidad de abrir vías de autoejecución de garantías mobiliarias mediante la inclusión de determinados pactos en los contratos de constitución de las garantías, con la intervención de notario.

5.1. La ruta IDERA

La conocida como ruta IDERA viene prevista en el Protocolo y más en concreto en su artículo XIII, cuyo enunciado es "Autorización para solicitar la cancelación de la matrícula y el permiso de exportación". Las concretas medidas a adoptar serán las establecidas en el párrafo 1 del artículo IX, completadas con lo dispuesto en dicho artículo XIII. Esta "autorización", básicamente, permite al acreedor obtener la cancelación de la matrícula de la aeronave, así como, la exportación del objeto aeronáutico y su traslado a otro territorio, sin el concurso actual de la voluntad del deudor, con base en un consentimiento previamente emitido y con carácter irrevocable[62].

La posibilidad de que en un ordenamiento interno pueda aplicarse esta ruta depende de que el Estado miembro haya realizado la correspondiente declaración, de conformidad con el párrafo 1 del artículo XXX. Así lo hizo España en su adhesión al Protocolo y, además, precisó que para ese caso no resultaba de aplicación la previsión de la necesaria autorización por la autoridad correspondiente. Esta última característica es la que dota a esta ruta de mayor importancia en

[62] Para conocer más a fondo este instrumento internacional y las indicaciones para su incorporación a los ordenamientos nacionales puede verse el modelo de IDERA y las anotaciones realizadas por el AWG en la página http://awg.aero/wp-content/uploads/2019/09/IDERA-Regulation-AWG-Model-FINAL-NOV2014X-2-revised-May-2015-final.pdf (visitado 11/02/2021)

nuestro ordenamiento y, además, la convierte en la mejor opción del acreedor, puesto que obviará todos los problemas que los procedimientos vistos hasta ahora presentaban y que tenían su origen, en gran medida, en la necesaria autorización judicial.

En la práctica, esta medida supone una reposesión efectiva del bien gravado por el acreedor y constituye una actuación muy semejante a la que se dispone en el art. 8. 1 a) del Convenio. La gran diferencia respecto de esta última radica en que no se requiere que se siga ningún procedimiento judicial para su realización, mientras que para poder ejecutar las actuaciones previstas en el art. 8.1 es necesaria la autorización judicial por el procedimiento adecuado, lo que dificulta enormemente su aplicación.

A continuación, analizaré brevemente en qué consiste este instrumento del acreedor, teniendo en cuenta que lo interesante será valorar su efectividad de cara a la realización de la garantía.
Así, de forma muy sencilla puede decirse que la ruta IDERA se basa en la concesión por el deudor de una autorización irrevocable, para conseguir la baja del bien garantizado (la aeronave) en el Registro correspondiente, y facilitar así su exportación a un tercer país. Se trata, por tanto, de una forma de autorealización de la garantía, basada en la autorización previa emitida por el deudor, que viene ya prefijada por el consentimiento irrevocable dado "ab initio".

Las características básicas comprendidas en esta ruta y que vienen expresadas en el párrafo primero del art. IX, completadas con lo dispuesto en el art. XIII, son las siguientes:

- La posibilidad de inscribir la autorización irrevocable en el Registro. Para ello se deberá presentar en el Registro un formulario específico
- Solo la parte a cuyo favor se ha otorgado la autorización "parte autorizada", o aquella a quien ésta certifique, serán las únicas legitimadas para llevar a cabo las actuaciones correspondientes
- La autorización es irrevocable por el deudor, salvo consentimiento escrito del acreedor, que podrá solicitar su eliminación del Registro
- La única limitación legal para el ejercicio de la autorización será el cumplimiento con las leyes y procedimientos de seguridad aeronáutica que sean aplicables
- Existe un deber de cooperación con la parte autorizante y de actuar con prontitud por parte de las autoridades del Registro y de otras autoridades administrativas de los Estados, para la aplicación de estas medidas.

A la luz de estas características se aprecia el interés que esta vía ofrece a los acreedores, dada su efectividad para retomar la posesión del bien objeto de la garantía, y especialmente en un escenario práctico, en el que no es posible obviar las dificultades que para tal fin ofrecen los procedimientos analizados en el apartado anterior.

Así, como se vio en el apartado dedicado al proceso de ejecución, cuando al acreedor se le plantea un incumplimiento del contrato, lo que quiere, en la mayoría de ocasiones, es recuperar el objeto de la garantía (la aeronave) cuanto antes. Del tiempo que tarde en tomar el control sobre la misma, temporal o definitivo, dependerá que esta mantenga su valor y que pueda volver a convertirse rápidamente en un bien productivo. El tiempo que pase sin que la aeronave sea objeto de las tareas de mantenimiento que correspondan, y sin que pueda ser operado comercialmente, provoca un grave quebranto económico, tanto por el valor que pierde la aeronave, como por los ingresos que dejan de conseguirse con su operación. Por ello,

normalmente, el titular de la garantía busca una solución, que suele pasar por encontrar un nuevo operador para ese objeto; o un nuevo comprador que le dé garantías de que el bien volverá a operar comercialmente y a ser productivo. Incluso cuando al acreedor no le compense que el bien vuelva a estar operativo, porque la aeronave o sus motores estén al final de su vida útil, su intención será recuperarlos cuanto antes para su desguace o achatarramiento.

Se entiende entonces que el acreedor busque reposeer en el menor tiempo posible el bien gravado y, sobre todo, quitarle el control al deudor. Para ello resulta muy eficaz que, sin necesidad de que el deudor colabore y sin que se requiera autorización del tribunal (recordemos que el precepto del Protocolo habla de colaboración de la autoridad), más allá del cumplimiento con la normativa aeronáutica, el acreedor pueda conseguir que se dé de baja a la aeronave del registro donde esté matriculada. El RMA exigirá por su parte que el RBM emita un certificado de que el bien está libre de cargas. Sin tal certificado no se podrá dar de baja la matrícula de esa aeronave, protegiendo así a los terceros que pudieran tener derechos sobre el bien. Sin embargo, lo que no se dice es qué ocurrirá entonces, ni cómo debe proceder el titular de la IDERA, que probablemente deberá negociar privadamente con esos terceros para que sean ellos quienes cancelen las cargas o den su autorización expresa para la baja de matrícula.

En cualquier caso, cuando se procede a dar de baja la matrícula de la aeronave objeto de la garantía, el acreedor la estará sacando de facto y "forzosamente" del Certificado de Operador Aéreo (AOC por sus siglas en inglés) de quien hasta ese momento lo estaba operando, y le impide que siga haciéndolo. Además, la autoridad que corresponda deberá emitir la documentación que permita exportar y transferir físicamente el objeto aeronáutico a otro Estado. Ello debería permitir al acreedor obtener la nueva matricula en el Estado donde interese al nuevo operador y entregárselo físicamente o, al menos, ponerlo a su disposición para que este lo acondicione de cara a su nueva actividad. En definitiva, este procedimiento le permitirá al acreedor reposeer jurídicamente la aeronave y le simplificará la reposesión física, para poder acceder a donde aquella se encuentre junto con sus motores y realizar las labores de mantenimiento que fueran necesarias para conservar su valor, y volver a ponerla operativa de forma ágil.

Esta reposesión casi directa del objeto de la garantía por el acreedor podría considerarse, quizás, bajo la sombra de una duda de legalidad, a la luz de la prohibición del pacto comisorio vigente en nuestro ordenamiento. A mi juicio, no obstante, no cabe calificar esta actuación del acreedor dentro de dicha prohibición. En primer lugar, porque no se trata de que el acreedor se apodere de la cosa "strictu sensu", ni que con su actuación se haga pago de la deuda. Aunque se dice que el acreedor se apodera de la cosa, lo hace en el sentido de que recupera el poder sobre la misma, pero para entregársela a otro que la vuelva a hacer productiva, o para darlo de baja definitivamente y poner fin a su vida operativa. Esta toma de control se produce a través de dos actividades que son sobre las que el deudor consintió irrevocablemente en el momento de otorgar el IDERA y que son las de las letras a) y b) del párrafo 1 del art. IX. Además, esta entrega no salda la deuda que haya dado lugar a la realización de la garantía, sino que el deudor deberá afrontarla igualmente. Todos los mecanismos de "default" que se hayan previsto en el contrato seguirán estando vigentes y el acreedor podrá activarlos en la medida que para ello no necesite acudir a ninguna autoridad. Por otro lado, e incluso si consideramos que la prestación de consentimiento irrevocable por el deudor para permitir la baja de matricula y su exportación constituye un pacto comisorio, posibilidad que como he dicho no considero adecuada, habría argumentos para admitirlo. En efecto, la prohibición de dicho pacto viene dada en el Código

Civil, y la previsión contenida en el art. XIII del Protocolo estaría prevista por una norma de rango superior a la ley y, además, posterior en el tiempo, con lo que cabría concluir que, al ser ley posterior y superior en rango, en este caso concreto el legislador lo ha permitido[63].

Además, como muy señala HEREDIA CERVANTES, "La IDERA no es un poder que se otorgue bajo la cobertura de un determinado ordenamiento nacional. Por el contrario, al igual que la garantía internacional, es una categoría *sui generis*, creada por el Protocolo Aeronáutico y, en consecuencia, los requisitos para hacerla efectiva son estrictamente los contemplados por el propio Protocolo. No es posible por tanto invocar normativa nacional para oponerse a su efectividad, a salvo, igual que acontece con el artículo X. 6, de la normativa sobre seguridad aeronáutica y únicamente para el caso de la exportación del bien"[64].

El acceso a la ruta IDERA es, por tanto, un acierto para el cumplimiento del espíritu del SCC, dada la limitación de mecanismos eficaces cuando debe acudirse a la vía judicial. No obstante, su aplicación práctica en el ordenamiento nacional no estaría exenta de problemas que podrían ser de carácter más bien práctico, pero que no afectan a la concepción y funcionamiento del IDERA en sí, desde la perspectiva de la configuración de los mecanismos de ejecución[65].

Algunos de estos aspectos prácticos pueden provocar problemas que conduzcan a que la efectiva reposesión unilateral basada en la previa autorización irrevocable del deudor sea más difícil y costosa. La peculiaridad de las aeronaves, la célula con sus motores, hace que no baste con que el acreedor tome el control físico y jurídico mediante la baja del registro y su exportación y el alta en el registro de otro Estado en su caso. Para que efectivamente el bien pueda ser operado por la nueva aerolínea u operador, se requerirá que este se encuentre en una situación en la que cumpla con todos los requisitos para ser incorporado al AOC de la nueva compañía. Eso exige, entre otras cosas que los componentes de la aeronave dispongan de los llamados "registros". Tales registros consisten en toda la documentación que acredita cuál es la situación en la que se encuentran los componentes de la aeronave y sus sistemas, así como su estado de mantenimiento, de manera que son imprescindibles para que la aquella sea aeronavegable. De no disponer de estos registros, los costes de volver a ponerla en servicio para

---

[63] A favor de la interpretación de que con la Adhesión al Convenio se ha admitido en nuestro ordenamiento el pacto comisorio puede verse también la Resolución de la DGRN (ahora DGSJFP) de 26 de diciembre de 2018 (BOE nº24 de 28.1.2019), fundamento jurídico 8, a la que luego me referiré con más detalle. Para LÓPEZ-QUIROGA, C., Y RODRÍGUEZ TORRES, S., (2018), "estas medidas introducidas en nuestro ordenamiento por vía de convenio internacional llevan a la interesante reflexión sobre la progresiva superación —continuando el camino del Real Decreto-ley 5/2005— de la tradicional prohibición de pacto comisorio (en su caso, *ex intervallo*) en nuestro Derecho de garantías". Ver "El Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su protocolo aeronáutico", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 48,* pp. 118-123. En particular p. 122.

[64] Ver (2016). "Análisis de la adhesión de España…", ob. cit., p. 11.

[65] Por un lado, la entrada en las dependencias del aeropuerto para hacerse con la posesión fáctica de la aeronave y la situación en la que puedan encontrarse sus motores. Este segundo aspecto no suele plantear problemas prácticos siempre que el operador haya respetado la asignación de motores a las células de aeronaves que se había pactado y que estos se encuentren englobados en la operación financiera; y, además, se esté actuando de acuerdo con los titulares de derechos sobre los mismos. En estos casos, suelen ejecutarse de forma conjunta las garantías sobre la aeronave completa, y aunque la garantía inicial fuera solo sobre la célula de la aeronave, el IDERA afecta a la totalidad del aparato. Ello se debe a que como se ya ha dicho, en nuestro sistema se registran y se dan de baja aeronaves. Por ello, una vez que se consigue el acceso a la aeronave, se toma el control sobre la misma en su totalidad y es difícil que el deudor que ha accedido a conceder el IDERA se oponga únicamente en relación a los motores.

poder integrarla en el AOC de algún operador pueden ser muy altos en términos de tiempo, esfuerzo y dinero. Actualmente la mayoría de los registros están digitalizados y en poder del operador. Por ello, el acreedor necesitará de una orden judicial para acceder a los ordenadores o el servidor donde se encuentren tales registros y poder recuperarlos. Esta necesidad puede tener difícil encaje fuera de cualquier procedimiento judicial ya que tiene cabida como diligencia preliminar o como medida cautelar, e incluso como medida ejecutiva, pero no como medida aislada de cualquiera de estos procedimientos[66].

En resumen, a mi juicio, es de celebrar que el legislador incorpore esta ruta del IDERA, eximiéndola de la autorización por la autoridad correspondiente. A pesar de las sombras que esta vía presenta, son las más las luces que proyecta y permiten, al menos con los límites propios de este procedimiento, que el acreedor tenga algún mecanismo de autorealización de garantías, conforme al espíritu del SCC.

5.2. Otras posibles vías de autoejecución de las garantías internacionales

Hasta aquí se han examinado las posibles vías judiciales, tanto dentro de la jurisdicción contenciosa como de la voluntaria, para la realización de las garantías internacionales; y se ha tratado también con detalle el mecanismo extrajudicial en que consiste la ruta IDERA. Es ahora el momento de considerar si la apertura en la interpretación del término tribunal a otras autoridades realizada con la declaración del art. 53 del Convenio permite al acreedor acudir a otros mecanismos para la realización de sus garantías y examinarlos, en su caso, de manera más detallada.

En este sentido cabe hacer mención a una tendencia que viene apreciándose en el ordenamiento español, en el que se estaría abriendo vías a una posible ejecución directa de las garantías mobiliarias por parte del acreedor, sin que para ello sea necesario recurrir a un procedimiento judicial[67]. Esta tendencia, sobre la que no puedo extenderme en este trabajo, ya que excedería su objeto, puede observarse en las previsiones legales contenidas en el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. En esta norma se permite el pacto por el cual el acreedor podrá hacerse con la propiedad del bien para el pago de la deuda, si se establece un mecanismo para la valoración objetiva de los bienes dados en garantía, lo que resulta sencillo en este caso al tratarse de bienes que consisten en dinero, valores negociables o derechos de

[66] Solo mencionaré la posibilidad real, aunque bajo mi punto de vista no legal, de que el acreedor pudiera llegar a recuperar tales registros a través de un ataque informático, en que el que los hackers se hicieran con dicha información y la "vendieran" a los interesados en la misma. A mi juicio, y aunque pudiera ser discutible entiende que a pesar de que el acreedor tuviera derecho a tales registros, la actuación de hacerse con los mismos por la fuerza "informática", podríamos decir, no es acorde con el derecho nacional y se consideraría una forma ilegítima de realización del propio derecho.

[67] Esta tendencia se enmarca en lo que LORCA NAVARRETE, A. (2020) denomina directamente en el título de su trabajo antes citado "La huida de la ejecución de la jurisdicción". Considera este autor que tanto "en la ejecución procesal provisional como en la de carácter definitivo, existen razones que justifican que la ejecución ha dejado de ser «materialmente jurisdiccional»" (p. 249). A su juicio, ello ha ocurrido en la medida que la "materialidad" de la ejecución es competencia del letrado de la administración de justicia, siendo este quien de manera real o "material" actúa como responsable de la ejecución. Aunque se trata de una visión que no es pacífica en la doctrina, lo cierto es que las últimas reformas legales y tendencias doctrinales van más en esta línea que, en la de considerar la ejecución como actividad exclusivamente jurisdiccional.

crédito. Por ello, se permite al beneficiario de la garantía apropiárselo o disponer del objeto sobre el que esta recae, para aplicar su valor al cumplimiento de las obligaciones financieras garantizadas.

Así pues, en lo previsto por esta norma, el acreedor de las obligaciones garantizadas, que siempre tienen carácter financiero y, por tanto, dinerario, puede instar y actuar su cumplimiento efectivo directamente, sin necesidad de tener un título ejecutivo ni de acudir a un proceso judicial de ejecución. El requisito esencial para que ello pueda ser así se basa en que exista un "procedimiento objetivable de valoración de la adquisición"[68].

La existencia de tal procedimiento fue lo que motivó a la DGRN (ahora DGSJFP), en su resolución de 26 de diciembre de 2018 (BOE nº 24 de 28.1.2019) a admitir el pacto comisorio con condiciones[69]. En el caso allí resuelto, se había denegado la inscripción de una hipoteca naval, debido a que esta contenía un procedimiento extrajudicial de realización del bien ante notario, que la registradora consideró inadmisible en nuestro ordenamiento. Sin embargo, la DGRN, en el fundamento de derecho 9 señala que, "en sí mismo, es válido el pacto en virtud del cual el deudor hipotecante se obliga, en caso de impago, a trasmitir al acreedor o a la persona que este designe el buque hipotecado, pues el procedimiento pactado asegura al deudor la obtención del valor del bien: a la vista de la forma en que el precio o "valor de mercado" ha quedado determinado en la cláusula 5.5, el sistema acordado sí garantiza una obtención de un precio objetivamente real o razonable"[70].

Más allá del caso concreto que se refiere a una hipoteca naval, interesa destacar el argumento que la DGRN introduce en su resolución, pero sin carácter decisivo en ningún caso. En concreto, el centro directivo cita la adhesión de España al Convenio de Ciudad del Cabo como un ejemplo a valorar para considerar que nuestro legislador va abriendo nuevas vías de realización directa de bienes que son objeto de garantías. Así, se dice que con la adhesión a este Convenio se "permite que en las garantías internacionales que constituyen su objeto el acreedor garantizado pueda recurrir, si así se ha previsto, a tomar la posesión o el control de cualquier objeto gravado en su beneficio, o a vender o arrendar dicho objeto. Ello se deberá hacer, según el artículo 8 del mismo, «de una forma comercialmente razonable»." Pero no se queda aquí, sino que consciente de lo que tal interpretación puede suponer en la práctica, viene a afirmar sin recato alguno que "la posibilidad de pacto comisorio ha quedado incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, para las garantías internacionales, con el requisito de que la apropiación o realización de la garantía se produzcan «de una forma comercialmente razonable»".

---

[68] La ausencia de este requisito fue lo que provocó, fundamentalmente, que el Tribunal Supremo no admitiera el pacto comisorio en el supuesto de hecho enjuiciado en su Sentencia de la Sala 1ª de 21 de febrero 2017 (ECLI: ES:TS:2017:581; MP: Francisco Javier Orduña Moreno)

[69] En esta resolución se resuelve el recurso contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles II de Santa Cruz de Tenerife, por la que se deniega la inscripción de determinados pactos de una hipoteca naval al entender que vulneraban la prohibición de pacto comisorio.

[70] En efecto, las partes habían acordado un sistema de valoración del bien, basado en el valor de mercado del bien en ese momento y fijado por la media de valor estimado por dos Brókeres marítimos, independientes, de prestigio e internacionalmente reconocidos, que serían designados por el hipotecante de entre una lista de cuatro proporcionados por un Agente designado por las partes.

Parece darse a entender que con la incorporación del Convenio a nuestro ordenamiento se ha permitido que el acreedor titular de garantías internacionales pacte con el deudor la ejecución directa (toma de posesión o del control sobre el objeto, venta o arrendamiento) del bien, con la única limitación de que ello se haga de forma comercialmente razonable. Sin embargo, por muy deseable que ello sea, considero que esta interpretación no es tan sencilla de llevar a la práctica por dos motivos.

En primer lugar, se obvia que los términos de la adhesión de España al SCC exigen previa autorización del tribunal, en sentido amplio, para la adopción de cualquiera de las medidas allí previstas. Por lo tanto, no cabe una ejecución directa sin más del acreedor sobre los bienes garantizados. Distinto es que pueda pactarse que sea otra autoridad, distinta de la judicial, la que se encargue de autorizar la adopción de esas medidas. En concreto, cabría plantear si podría designarse a un notario como encargado de controlar y autorizar la adopción de las medidas del SCC. A mi juicio, tal posibilidad sería aceptable, tanto en términos de legalidad, teniendo en cuenta ese sentido amplio del término tribunal aceptado por España en la adhesión al Protocolo, como de oportunidad, habida cuenta la existencia en nuestro ordenamiento de procedimientos extrajudiciales de realización de garantías dirigidos por notarios.

El segundo motivo que dificulta la interpretación de la DGRN tiene que ver con el contenido de ese pacto. Y es que, aun siendo controlado por notario, un pacto por el que el acreedor adquiere directamente la propiedad sobre el bien mueble gravado y se libera de la deuda sin más no es posible en nuestro derecho, por la prohibición del pacto comisorio. Ahora bien, según el centro directivo, tal pacto ha sido derogado en nuestro derecho con la adhesión al Convenio. Esta afirmación, sin matices, contenida en el párrafo octavo del fundamento de derecho 8 debe completarse por el conjunto de lo señalado en este fundamento, y lo que luego se concluye en el fundamento 9. En concreto, el fundamento 8 se refiere no tanto al pacto comisorio como al "pacto marciano", admisible en nuestro ordenamiento y por el que el acreedor hace suya la cosa hipotecada o la cede a un tercero en función del valor que se le atribuye a la cosa. Ello significa que, siempre que en el pacto se estableciera un mecanismo objetivo de valoración del bien grabado y que se dispusiera la devolución al deudor de las cantidades sobrantes en su caso, podría admitirse este pacto de realización directa. Pero, además, tal pacto debería introducir algún mecanismo de protección de terceros, ya que en caso contrario no sería admisible.

Para ello, sería necesario que el contrato que contuviera el pacto se formalizara en documento público. En él podrían pactarse, respetando las condiciones para que el pacto marciano fuera admisible, la protección de terceros en los términos del propio Convenio. Podría también incluir, si así lo desean, las medidas específicas que el acreedor tendrá a su alcance en caso de incumplimiento y que podrá realizar con la ayuda del notario en su función de tribunal competente. De esta forma, el notario cumpliría con una función de control de legalidad y podría vigilar que se diera el incumplimiento en los términos pactados, así como autorizar la adopción de las medidas que le fuera solicitando el acreedor, siempre que verifique que las mismas son conformes con lo que en su día se pactó y que se desarrollan dentro de lo que sería "comercialmente razonable", tal y como exige el Convenio[71].

[71] Otra cuestión es hasta dónde podría llegar el control notarial a la hora de supervisar la legalidad de estos contratos. Es habitual que estos contratos de "leasing" estén redactados de forma extremadamente favorables para la posición del acreedor, en el caso de que se produzca el incumplimiento. En qué medida podría eso ser objeto de juicio por el notario es algo que afecta más al ámbito mercantil y de la definición

Esta solución sería a mi juicio, compatible con el estado actual de la doctrina acerca de los mecanismos para la realización de garantías, sin necesidad de disponer de título ejecutivo ni de pasar por un proceso jurisdiccional previo y podría ser una opción complementaria al IDERA para la realización de prestaciones de carácter no dinerario a las que el acreedor no tendría acceso, salvo a través de un proceso declarativo jurisdiccional.

6. Conclusiones

El resultado del balance final sobre la adaptación del ordenamiento español y especialmente, el procesal, para la necesaria tutela del acreedor, titular de garantías internacionales del SCC, no es todo lo positivo que cabría esperar cuando ya han transcurrido cinco años desde su plena incorporación a dicho sistema. España no ha abordado de manera solvente la creación de procedimientos que permitan el adecuado ejercicio de los mecanismos a disposición del acreedor en caso de incumplimiento, cuando estos deban ser realizados de acuerdo con nuestra normativa nacional (art.14 del Convenio).

El punto de partida ya suponía un hándicap importante, puesto que el legislador español abrió una brecha en la funcionalidad práctica del SCC para elementos aeronáuticos cuando exigió la autorización judicial como requisito necesario para la adopción de cualquiera de las medidas del Convenio. Con ello, se alejaba inicialmente la oportunidad de adaptar nuestro sistema procesal español al espíritu y finalidad de la tutela de los derechos sustantivos y gravámenes que el Convenio prevé.

Esta brecha se vio matizada con la ampliación del término "tribunales relevantes" a todos los tribunales y autoridades competentes, en un intento de "realinear" nuestro ordenamiento con el espíritu del Convenio. Aun así, el acreedor titular de garantías del Convenio necesitará obtener la autorización del tribunal correspondiente para ejecutarlas y que se realicen a su favor las medidas previstas en el caso de que deudor incurra en incumplimiento. Ello le obligará a acudir, principalmente, a un proceso jurisdiccional en el que puedan integrarse los actos tendentes a su realización.

Esta necesidad no viene, sin embargo, resuelta de forma totalmente satisfactoria con los mecanismos procesales a disposición del acreedor. Así, el titular de garantías del SCC no puede acceder directamente a un proceso de ejecución jurisdiccional, que sería la vía natural más rápida en nuestro sistema procesal para su realización. La ausencia de título ejecutivo asimilable a dichas garantías lo impide y, por tanto, su única opción sería documentar los acuerdos en póliza o escritura pública. Sin embargo, esta posibilidad ofrece vías limitadas para la ejecución de los derechos del acreedor ya que, únicamente abriría la posibilidad a la realización de los objetos de la garantía para la obtención de una suma de dinero, y dejaría fuera las actuaciones propias de la ejecución específica, que son de gran importancia para el respetar el espíritu del SCC.

---

de lo que es comercialmente razonable que al mecanismo de realización en sí; y sería conveniente que se definiera de forma más precisa en nuestra doctrina para poder permitir dicho juicio notarial que, a mi modo de ver, favorecería su realización por esta vía.

Tampoco la tutela del acreedor titular de garantías a través de procesos judiciales declarativos es del todo eficaz para conseguir la realización de las medidas previstas por el SCC ante el incumplimiento del deudor; al menos tal y como está configurada en la actualidad. Ni la duración del juicio ordinario, al que debería acudir por ser el que corresponde por la cuantía; ni el hecho de que la finalidad de tal proceso sea la obtención de un título ejecutivo que luego debería ser ejecutado judicialmente, da cumplimiento adecuado a las expectativas del acreedor del SCC.

Cabe señalar que la coordinación entre el sistema registral español y el RI del SCC tampoco se ha producido en los mejores términos, ya que la configuración del RBM como punto de acceso no aporta la protección registral que este registro otorga a los derechos allí inscritos con carácter general. Para que ello ocurra debe formularse el acuerdo en escritura pública e inscribirse cumpliendo los requisitos previstos por la normativa del RBM, con lo que se desvirtúa el espíritu del SCC. Ello impide, también, la utilización de los procesos declarativos sumarios previstos en la LEC para la protección de derechos inscritos en el RBM.

En este contexto, la incoación de un expediente innominado de jurisdicción voluntaria por el titular de las garantías sería, en la actualidad, la vía más adecuada de cara a obtener la necesaria autorización judicial para la actuación de las medidas previstas por el SCC. A través de dicho expediente el juez podría autorizar las medidas solicitadas por el acreedor para los casos de incumplimiento en los términos SCC; y obtener, si fuera necesario, un título ejecutivo de forma más ágil que permitiera iniciar un procedimiento ejecutivo en el que llevar a cabo las medidas propias de la ejecución específica.

La adopción de las medidas provisionales, otro de los elementos importantes del SCC para la tutela del acreedor titular de las garantías internacionales, solo sería posible en relación a un proceso declarativo, o bien si se admiten, unidas a un expediente de jurisdicción voluntaria.

De entre las vías extrajudiciales para la realización de las garantías hay que destacar la denominada ruta IDERA. La utilización de este mecanismo previsto en el Protocolo y para cuya actuación no se requiere autorización de tribunal alguno, constituye el instrumento más efectivo para que el titular de garantías del SCC en España pueda hacerse con el control de la aeronave y, por tanto, será su vía preferente para la recuperación jurídica y material del objeto de la garantía.

En los términos vistos en este trabajo, también considero admisible que acreedor y deudor formalicen el contrato de constitución de las garantías en escritura pública y que se designe al notario como el "tribunal relevante" para autorizar las actividades previstas en dicho contrato en caso de incumplimiento del deudor. Esta sería otra posible vía de realización extrajudicial y en ella siempre debería establecerse un procedimiento objetivo para la valoración del bien, caso de que el acreedor pretenda adjudicárselo, o realizarlo para pago y también los mecanismos necesarios para que se garantice el respeto a los derechos de terceros acreedores. Así, debería establecerse la obligación de dirigirse tanto al RI como al RBM para determinar la existencia de estos terceros, de comunicarles el inicio del procedimiento y de manifestar lo que a su derecho interese.

Finalmente, sería conveniente que el legislador abordara reformas que ayudasen a mejorar la tutela del acreedor de garantías internacionales del Convenio. No sólo en lo que atañe a las

garantías sobre bienes relacionados en el Protocolo aeronáutico, sino también de cara a que en un futuro pueda incorporarse a nuestro ordenamiento el resto de Protocolos. Las medidas del acreedor ante el incumplimiento se ven moduladas en cada uno de estos instrumentos, pero siguen siendo básicamente las mismas que se disponen en los arts. 8 y ss. del Convenio. Por ello, cuando se trate de realizarlas en España y de acuerdo con el procedimiento interno (art.14) nos encontraremos con los mismos problemas.

Las reformas, cuyas propuestas que se han ido esbozando a través de las líneas de este trabajo, abarcan tanto la tutela declarativa, como la ejecutiva y la extrajudicial. Empezando por la declarativa, una importante opción que debería valorarse para ofrecer la efectiva tutela judicial de sus derechos al acreedor titular de las garantías internacionales (art. 24 CE) sería la de crear un proceso declarativo sumario específico. Se debería tramitar por los cauces del juicio verbal, y delimitarse su ámbito de conocimiento de acuerdo con las previsiones del Convenio (Capítulo III.). Este procedimiento permitiría resolver rápidamente sobre la tutela solicitada, tutelar los derechos de los terceros y obtener un título ejecutivo judicial de forma rápida.

Con el proceso declarativo, además, se permitiría al acreedor instar, incluso antes de la interposición de la demanda, la adopción de las medidas cautelares oportunas, que también estarían acordes a lo previsto por el propio Convenio. En relación a la tutela cautelar, la gran novedad vendría dada por la realización por parte del estado español de la declaración con arreglo al párrafo 2 del artículo XXX del Protocolo. Ello permitiría la aplicación del artículo X, si bien, crearía otros problemas. Entiendo que tal declaración solo debería realizarse por parte de España si se han abordado las reformas procesales correspondientes para permitir el proceso declarativo sumario; y, en su caso, se delimitan los términos en los que sería admisible esta medida cautelar, especialmente la del apartado 3, de dicho art. X, que es propiamente ya una medida ejecutiva en tanto que consiste en la venta del bien garantizado y la aplicación del producto de la misma a la satisfacción de la obligación.

Otra opción pasaría por valorar la conveniencia de crear un título ejecutivo específico, que le obviara al acreedor la necesidad de acudir a un declarativo previo. Este título ejecutivo específico, que a mi juicio debería tener naturaleza mixta, tendría ventajas respecto de la creación de una hipoteca o la vía judicial exclusiva, ya que por un lado, podría asimilarse a los judiciales y debería permitir que con la orden general de ejecución se decretaran actuaciones propias de la ejecución específica. Pero a la vez, la oposición a la ejecución podría configurarse en términos amplios, como si de un título extrajudicial se tratara, para evitar así abusos por parte del acreedor. Con el establecimiento de unas causas de oposición adecuadas se permitiría la protección del deudor conforme al espíritu del Convenio. En el seno de este procedimiento, también habría que modular los efectos de las tercerías, ya que, no bastaría con que los terceros acreedores hicieran valer su preferencia en el cobro, como en la tercería de mejor derecho clásica, sino que se les debería permitir paralizar la ejecución demostrando que es el tercerista quien tiene derecho a poseer el objeto gravado.

Finalmente, una última opción, no incompatible con las anteriores vías, pasaría por la regulación de un procedimiento extrajudicial que estuviera controlado por notarios. La creación de dicho procedimiento afianzaría y daría credibilidad a lo que todavía es, a mi juicio, un deseo, pero que la DGRN en su citada resolución de 26 de diciembre de 2018 considera ya una realidad. En concreto, se contribuiría a que efectivamente "el acreedor garantizado pueda recurrir, si así se ha previsto, a tomar la posesión o el control de cualquier objeto gravado en su

beneficio, o a vender o arrendar dicho objeto"; y a que ello se hiciera, según el artículo 8 del mismo, «de una forma comercialmente razonable»."

7. Bibliografía

ACHIM, P. (2012) "Garantías mobiliarias sobre el material aeronáutico: ¿conviene que España se adhiera al Convenio de Ciudad del Cabo?", en GUERRERO LEBRÓN, M. J. (Coordinadora) *Cuestiones actuales del derecho aéreo*, pp. 353–379. Marcial Pons.

ARAGONÉS SEIJO, S. (2017). "Dificultad ejecutiva en España de las garantías internacionales sobre elementos de equipo aeronáutico", en *Revista de Derecho Del Transporte*, *20*, pp. 47–62.

BAYO RECUERO, M. N. (2016). "Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación", en *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria,* pp. 33–37.

CARRASCO PERERA, Á. (2016). "Guía de Derecho material español sobre el tratamiento de las garantías relativas a equipo aeronáutico a raíz de la adhesión española al Convenio y al Protocolo Aeronáutico de Ciudad del Cabo", en *Diario La Ley*, *8781*.

- (2018). "Garantías y registro internacionales sobre equipo aeronáutico en el Convenio de Ciudad del Cabo", en *Revista de Derecho Mercantil*, nº *308*, pp. 1-21.

CARRASCO PERERA, A., CANALEJAS MERÍN, J.F., (2016) "La dirección General de los Registros y del Notariado vuelve a «enrocarse» contra el sistema de garantías aeronáuticas del Convenio de Ciudad del Cabo", en *Análisis GA&P. https://www.ga-p.com/publicaciones/la-direccion-general-de-los-registros-y-del-notariado-vuelve-a-enrocarse-contra-el-sistema-de-garantias-aeronauticas-del-convenio-de-ciudad-del-cabo/,* Visitado el 15/10/2020.

CASTELLANOS RUIZ, M. J. (2017). "El registro internacional: implementación en España del convenio de Ciudad del Cabo sobre garantías internacionales y su protocolo aeronáutico", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, *9*(1), pp. 49–81.

CORDERO LOBATO, E. (2013), "Garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil: España se adhiere al Convenio de Ciudad del Cabo (BOE de 4 de octubre de 2013)", en *Diario La Ley*, nº *8189*

- (2016). "Inversiones en el sector aeronáutico: oportunidades y retos del sistema de Ciudad del Cabo", en *Diario La Ley, 8832,* pp. 1-24

DE LA OLIVA, A., PEITEADO, P., (2019), *Sistema de tutela judicial efectiva,* (4th ed.) CEF.-

DÍAZ RAFAEL, G. (2014). "Sobre el Convenio de Cape Town y su protocolo relativo a aeronaves", en *RLADA vol. 18. https://www.rlada.com/pop.php?option=articulo&Hash=fa90e2dd4efd7adf53677633222450a4 visitado 20/10/2020.*

DONALD GRAY, JASON ACINTYRE & JEFFREY WOOL (2015) "The interaction between Cape Town Convention repossession remedies and local procedural law: a civil law case study", en *Cape Town Convention Journal, 4:1,* pp. 17-52

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A. (2001) *La ejecución forzosa y las medidas cautelares.* Irguim.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., HEREDIA CERVANTES, I. (2012). "El convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo sobre bienes de equipo espacial", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, *88*(731), pp. 1415–1450.

GOODE, R., (2019) *Convention on International Interest in Mobile Equipment and Protocol thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment. Official Commentary,* 4th Ed. UNIDROIT, Roma.

GUERRERO LEBRÓN, M.J. (2009). "Algunas consideraciones sobre el Convenio de Ciudad del Cabo (CCC) y el Protocolo para elementos de equipo aeronáutico (PEEA)", en *Estudios de Derecho aéreo: aeronave y liberalización,* pp. 57–90. Marcial Pons.

- (2010). "El convenio de ciudad del cabo. Un registro electrónico internacional como paso previo a la armonización del régimen de las garantías mobiliarias", en MADRID PARRA, A. (Director), *Derecho del sistema financiero y tecnología,* pp. 125–165. Marcial Pons.

HANLEY, D., (2020), "COVID-19 and International Aircraft Financing Law", en *Air & Space Law,* 45, Special Issue, pp. 155–172

HEREDIA CERVANTES, I. (2016). "Análisis de la adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo", en *La Ley Mercantil*, *21*, pp. 0–24.

- (2017). "La adhesión de España al Protocolo aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo", en *Público privado en el derecho aeronáutico,* pp. 209–257. Tirant lo Blanch.

LIÉBANA ORTIZ, J.R., (2015), "Preliminar", en *Comentarios a la Ley de jurisdicción voluntaria,* pp. 38-39. Aranzadi.

LESSARD M., JEBELY, P., WOOL J., (2017), "Of Swords and Shields: The Role and Limits of Courts in the Enforcement of the Cape Town Convention's Substantive Repossession Remedies", en *Cape Town Convention Journal, 6,* pp. 78-96.

LÓPEZ-QUIROGA, C., Y RODRÍGUEZ TORRES, S., (2018) "El Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su protocolo aeronáutico", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 48,* pp. 118-123.

LORCA NAVARRETE, A. (2020), "La huida de la ejecución de la jurisdicción", en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 2,* pp. *245-259.*

LORENTE HOWELL, J. L. (2016). "Convenio de Ciudad del Cabo: el punto de acceso nacional", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, *915*, pp. 10–15.

NAVARRO CODERQUE, F., & LAFARGUE FERNANDO, C. N. (2015). "Posibles efectos prácticos del convenio de Ciudad del Cabo sobre operaciones de financiación de elementos de equipo aeronáutico españoles", en *Diario La Ley*, *8472*, pp. 0–1.

PÉREZ DAUDÍ, V. (2015) "La posibilidad de adoptar medidas cautelares en los expedientes de Jurisdicción Voluntaria", en *Justicia: Revista de Derecho Procesal, 2,* pp. *167-184.*

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, (2012) *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo,* Marcial Pons

- (2015). "La adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo y su implementación: una primera valoración del Reglamento de Matriculación de Aeronaves (Parte I y II)", en *Bitácora Millennium DIPr*, *2*.

- (2016) "Key points for the effective implementation of the Cape Town Convention: the accession of Spain to the Aircraft Protocol", en *Uniform Law Review Vol. 21*, pp. *279–308*

- (2017). "Capítulo 2. El convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y sus protocolos", en *Textos internacionales sobre garantías mobiliarias*, pp. 61–146.

- (2017). "Las operaciones internacionales de financiación garantizada sobre equipo aeronáutico: el Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo", en *Público privado en el derecho aeronáutico,* pp. 171–208. Tirant lo Blanch.

TAPIA FERNÁNDEZ, I., (2018), "La ¿ejecución? Hipotecaria extrajudicial. Un problema no resuelto", en *Revista general de derecho procesal, 46,* pp. *2918*

VENEZIANO, A., (2018) "The Contours of "Commercial Reasonableness" under the Cape Town Convention", en *Cape Town Convention Journal, 7,* pp. 83-92.

InDret
2.2021

Procurement of Covid-19 vaccines: why were legal liabilities transferred to the public sector?

Covid-19 Vaccine Legal Research Group

Pr. Jean-Sébastien Borghetti
Université Panthéon-Assas

Pr. Duncan Fairgrieve
British Institute of International and Comparative Law

Pr. Richard Goldberg
Durham Law School, Durham University

Pr. Geraint Howells
College of Business, Public Policy and Law, NUI Galway and Visiting Professor of Commercial Law, University of Manchester

Prof. Dr. Piotr Machnikowski
University of Wrocław

Dr. Marcus Pilgerstorfer QC
11KBW Chambers

Pr. Eleonora Rajneri
University of Piemonte Orientale

Pr. Dr. Peter Rott
Carl von Ossietzky University of Oldenburg

Dr. Marta Santos Silva
Maastricht University

Pr. Vibe Ulfbeck
Faculty of Law, Centre for Private Governance (CEPRI), University of Copenhagen
-

The recent release of the Covid-19 vaccine supply contract between the European Commission and Astra Zeneca has caused a political and media storm about vaccine production logistics and supply issues. A lesser noticed but controversial issue revealed by the contract is that of where ultimate liabilities should lie, which has potentially far-reaching consequences for the public purse. Many commercial contracts include so-called indemnity clauses whereby one party contractually agrees to cover liabilities incurred by the other. The European Commission accepted in Article 14 of the agreement an extremely broad indemnity of the manufacturer covering almost any and every defect imaginable whether that be the vaccine's inherent characteristics, manufacturing / distribution, and storage issues, labelling errors or even

problems due to administration of the vaccine. This is a potentially significant burden to place on the state, and ultimately taxpayers.[1]

On a cursory analysis, the position of anyone suffering an adverse effect of the vaccine is not changed, as they may still bring a legal claim. Indeed, from one perspective, it could be seen as simply a matter of shifting liabilities between equally deep-pocketed defendants, the manufacturer, and the public purse. In that sense, the position would seem to be compatible with the letter of the 1985 European Product Liability Directive, implemented across Europe to ensure compensation for defective products. On closer scrutiny, however, doubts do arise. Such legal provisions are designed to have a disciplining or deterrent impact, inciting producers to strive for higher standards in producing products.[2] Such a preventive effect would inevitably be dulled by the wholescale transfer of liabilities to third parties. Is this approach really compatible with the spirit of provisions that were explicitly designed to establish "a fair apportionment of the risks inherent in modern technological production"? Insurance might have a similar effect, but insurance companies will often be astute to monitor risks and require measures to reduce their exposure.[3]

There might also be concerns about the impact on public attitudes to vaccines if it is revealed that the producer is so reticent to stand by the quality of that product. At a time when public trust is in short supply, it is appropriate to question why such across-the-board legal safeguards have been accorded to healthcare producers, particularly given that substantial public funds have been expended to subsidise the research and clinical trial phase. Already in 2011, after the H1N1 vaccine saga, very critical reports were made about the procurement process,[4] including by the European institutions.[5] There is a danger that history is again repeating itself, even though Astra Zeneca has committed to provide the vaccines at cost price during an (unspecified period) of the current pandemic.

Why would the authorities consent to sign a supply contract on such unfavourable terms? The European Commission had substantial purchasing and political power and also past experience of procurement pitfalls. There was undoubtedly a pressing need to ensure supply of a potentially life-saving product (within very challenging circumstances) and the commercial balance may have in practice shifted to the supplier rather than purchaser. However, it is unlikely that the nature of that pressure could be the basis for challenging any indemnity.

Perhaps, the potentially indemnifying party proceeded on the assumption that any litigation risks in this area are rather low, given the difficulties injured parties face in bringing successful

---

[1] It is also unclear due to redaction of the contract what (if any) exceptions are provided for: as a minimum carve-outs should be included for wilful misconduct / gross negligence by the product manufacturer.

[2] On this, see opinion of Advocate General Bot in *Boston Scientific Medizintechnik GmbH v AOK Sachsen-Anhalt - Die Gesundheitskasse* (Case C-503/13, 504/13) [2015] 3 CMLR 173 (CJEU) §38. AG Bot refers to the "preventive function" of the Directive, noting also that the producer is "in the best position to minimise [the risk] and to prevent damage at the lowest cost."

[3] See discussion in D.Fairgrieve and R.Goldberg, *Product Liability* (3rd edn, OUP, 2020) para 7.21.

[4] See e.g. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *La gestion de la pandémie H1N1 : nécessité de plus de transparence*, Document 12283, 7 June 2010.

[5] European Parliament, *Rapport sur l'évaluation de la gestion en 2009-2010 de la grippe H1N1 en Europe*, 9 February 2011.

claims against healthcare producers.[6] Indeed it is arguably neutral on the public purse whether an indemnity is given, or the cost of insurance is factored into the price. Due to the deterrence and acceptability arguments mentioned above, we believe it beneficial to keep the liability with the producer.

More fundamentally, the barriers for any injured party seeking to recover court-awarded damages remain. It is to be hoped that there are no serious permanent side effects from the vaccine. However, the problematic current position underlines the need for a well-resourced compensation fund to be established to ensure that anyone suffering serious adverse effects receives adequate and fair compensation.[7] The COVAX / WHO / GAVI no-fault compensation scheme has recently been rolled out across the 92 countries of operation,[8] and surely is it not impossible for UK and European authorities to follow that lead either at a national or supranational level.

---

[6] See further D.Fairgrieve, P.Feldschreiber, G.Howells and M.Pilgerstorfer, "Products in a Pandemic : Liability for Medical Products and the Fight against Covid-19" (2020) European Journal of Risk Regulation 1. Note also that the European Product Liability Directive is currently under review.

[7] Certain authors of this article have argued in favour of a bespoke COVID-19 vaccine compensation scheme, see D.Fairgrieve, S.Holm, G.Howells, C.Kirchhelle, S.Vanderslott, 'In favour of a bespoke COVID-19 vaccines compensation scheme", The Lancet Infectious Diseases, 3 February 2021.

[8] See further www.covaxclaims.com. For a comparative view of national schemes, see S.Halabi, A.Heinrich, and S.Omer, "No-Fault Compensation for Vaccine Injury" The New England Journal of Medicine, 28 October 2020; E.Rajneri, J-S.Borghetti, D.Fairgrieve and P.Rott, "Remedies for Damage Caused by Vaccines: A Comparative Study of Four European Legal Systems" (2018) European Review of Private Law 57. For national views, see P.Rott, "Compensation for Vaccination Damage under German Social Security Law" (2019) Vol 16 No 1 Otago Law Review 199; E. Rajneri, "Il vaccino contro il covid-19. La normativa speciale e il meccanismo di distribuzione dei rischi e dei benefici", in Contratto e Impresa, 2021, forthcoming.

InDret
2.2021

Miriam Anderson
Universitat de Barcelona

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (desembre de 2020 – febrer de 2021)

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 22 i 23 de desembre de 2020 i 4 de febrer de 2021

Sumari

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 22 de desembre de 2020 (reducció de capital social i drets de tanteig i retracte de l'Administració), 23 de desembre de 2020 (venda de béns de menors subjectes a administració especial: la necessitat d'autorització judicial) i 4 de febrer de 2021 (els drets d'adquisició preferent de l'Administració en primeres i ulteriors transmissions d'habitatges provinents d'execucions hipotecàries).

Abstract

Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law and Legal Entities dated 22 December 2020 (capital reduction and the Public Administration's rights of first refusal), 23 December 2020 (sale of property subject to special administration when the vendors are minors: the need for judicial authorisation) and 4 February 2021 (the Public Administration's rights of first refusal with regard to the first and subsequent transfers of homes acquired by means of mortgage enforcement procedures).

Title: *Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law and Legal Entities (December 2020- February 2021)*

-

Paraules clau: Dret civil català, Registre de la Propietat, recursos governatius, dret a l'habitatge, drets de tanteig i retracte de l'Administració, reducció de capital social, primeres i ulteriors transmissions, venedors menors d'edat, béns subjectes a administració especial, autorització judicial.

Keywords: *Catalan private law, Land Registry, Land Registry complaints, right to housing, Public Administration's rights of first refusal, capital reduction, first and subsequent transfers, sale by minors, property subject to special administration, judicial authorisation.*

Índex

-

1. Resolució de 22 de desembre de 2020 (JUS/3403/2020; DOGC núm. 8308, de 4.1.2021). Reducció de capital social i drets de tanteig i retracte de l'Administració

1.1. Introducció

1.2. La normativa administrativa aplicable

1.3. La manca de concreció de les transmissions afectades, tant en la normativa civil com en l'administrativa

1.4. La reducció de capital no està subjecta als drets d'adquisició preferent, tret de disposició legal expressa

2. Resolució de 23 de desembre de 2020 (JUS/3519/2020; DOGC núm. 8314, de 13.1.2021). Venda de béns de menors subjectes a administració especial: la necessitat d'autorització judicial

2.1. Introducció

2.2. La disposició de béns subjectes a administració especial

2.3. La interpretació de la clàusula testamentària

3. Resolució de 4 de febrer de 2021 (JUS/293/2021; DOGC núm. 8341, de 15.2.2021). Els drets d'adquisició preferent de l'Administració en primeres i ulteriors transmissions d'habitatges provinents d'execucions hipotecàries

3.1. Introducció

3.2. Els drets d'adquisició preferent del Decret llei 1/2015

3.3. La subjecció de tota transmissió als drets d'adquisició preferent de l'Administració, amb independència dels subjectes implicats

3.4. Les transmissions afectades i la retroactivitat de les restriccions al poder de disposició

3.5. Consideracions finals

4. Bibliografia citada

1. Resolució de 22 de desembre de 2020 (JUS/3403/2020; DOGC núm. 8308, de 4.1.2021). Reducció de capital social i drets de tanteig i retracte de l'Administració*

1.1. Introducció

El mes de novembre de 2019 es va acordar la reducció de capital d'una societat, amb amortització de participacions i devolució de les aportacions corresponents. Una d'aquestes darreres va consistir en la transmissió a un dels socis (també una mercantil) d'un edifici sencer situat a la ciutat de Barcelona i destinat principalment a habitatge.

El registrador va qualificar negativament, en considerar que no s'havia complert el requisit de notificar l'Ajuntament als efectes de l'exercici dels drets de tanteig i de retracte previstos en la modificació del Pla general metropolità del municipi de Barcelona (PGM) [1], en relació amb els art. 15 i 37 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, i els art. 172 i 173 del Decret legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, pel qual s'aprova el text refós de la llei d'urbanisme.

La qualificació es va recórrer, al·legant, en substància, que els drets d'adquisició preferent de referència es limiten a les transmissions oneroses i que la reducció de capital és una operació societària que no es pot encabir en aquesta categoria.

Es dona la circumstància que el recurs es va presentar dins de termini, adreçat a la DGDEJ, a l'Oficina d'Atenció Ciutadana del Districte Administratiu de la Generalitat de Catalunya, arribant a la destinatària el 16 de març de 2020, el primer dia d'aplicació de l'estat d'alarma. Degut a alguna errada que no s'especifica, la DGDEJ no va trametre el recurs al Registre fins al 5 de novembre de 2020, fora ja, amb escreix, de termini, un cop aixecada la suspensió. Constatant que aquesta circumstància no va ser en cap cas imputable al recurrent, es procedeix a resoldre.

Encara en el terreny procedimental, el registrador no va notificar la interposició del recurs a l'Ajuntament i, com en altres ocasions (vegeu, sense anar més lluny, el comentari a la Resolució de 4 de febrer de 2021, *infra* apt. 3), hauria resultat pertinent fer-ho, no només perquè es pot interpretar que així ho exigeix l'art. 3.5 de la Llei 5/2009, sinó també per conèixer la interpretació que duu a terme l'administració de la seva pròpia normativa o de la que impulsa.

1.2. La normativa administrativa aplicable

Altres vegades s'ha comentat en aquesta mateixa publicació l'existència d'una pluralitat de drets d'adquisició preferent a favor de l'Administració, no només en matèria urbanística, sinó també, i específicament pel que aquí interessa, en l'àmbit de l'habitatge (així, recentment, en relació amb la RDGDEJ de 12 de març de 2020[2]). També la DGDEJ en fa un repàs, amb l'objectiu de trobar una definició segura dels negocis que hi queden subjectes (*infra* apt. 1.3). D'entre tota aquesta normativa, la rellevant per a la qüestió que es planteja és la recollida a l'esmentat Pla general metropolità del municipi de Barcelona, modificat el mes de desembre de 2018.

---

* Aquests comentaris s'inscriuen en els Projectes 2017SGR151, Grup de Dret Civil Català, i DER2017-82129-P.

[1] Edicte de 14 de desembre de 2018 (DOGC núm. 7772, de 20.12.2018), art. 1 i 2.

[2] JUS/743/2020 (DOGC núm. 8090, de 20.3.2020). Comentada a 2 *InDret* 2020.

A banda de declarar àrea de tanteig i retracte tot el terme municipal de Barcelona, l'art. 1.2 especifica que:

> "Queden sotmeses a l'exercici d'aquests drets les transmissions oneroses dels immobles descrits a l'article 2 i s'estenen a la transmissió d'accions o de participacions socials de societats mercantils, en els termes de l'article 15 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge. No estan sotmeses les transmissions entre societats del mateix grup."

L'art. 2.2, lletra *a,* inclou "Els edificis plurifamiliars sencers utilitzats principalment com a habitatge", com és el cas en aquest supòsit.

Per la seva banda, l'art. 15.1, final, de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge preveu que:

> "Aquests drets de tanteig i retracte s'estenen a la transmissió d'accions o participacions socials de societats mercantils l'objecte de les quals estigui vinculat directament o indirectament a l'activitat immobiliària i que siguin propietàries d'algun dels dits edificis o habitatges."

1.3. La manca de concreció de les transmissions afectades, tant en la normativa civil com en l'administrativa

Com en altres ocasions, la DGDEJ es troba en la necessitat d'esbrinar si una determinada transmissió cau dins de l'àmbit d'aplicació dels drets d'adquisició preferent que la normativa reserva a l'Administració. En tractar-se de restriccions al dret de propietat (art. 545-1 i 545-2 CCC), parteix de la necessitat d'interpretació restrictiva i del fet que, "conceptualment [...] només poden tenir lloc en les alienacions en què el titular del dret pot fer o donar allò a què s'han obligat els adquirents, i la norma general és la de no procedència en les permutes, les retrovendes, les transaccions i en les altres alienacions en les quals els titulars del dret no poden fer o donar allò a què s'han obligat els adquirents" (FD 1.2).

Això no obstant, l'únic precepte del Codi civil que recull expressament aquesta delimitació és l'art. 565-26, relatiu a la fadiga. La DGDEJ constata que el Codi, al qual s'acudeix com a dret comú, conté una "normativa, provinent de lleis precedents d'origen i èpoques diverses, està lluny de ser harmònica, potser perquè el legislador ha atès, cas per cas, el major o menor interès públic de la situació jurídica que es vol protegir en establir-los" (FD 2.2). Efectivament, els diversos preceptes inclouen des de referències genèriques a la transmissió onerosa (art. 552-4 i, per remissió, art. 556-10 i 463-6), passant per supòsits en què la previsió de la venda o la dació en pagament sembla excloure tota altra operació (art. 568-16 i 568-1; art. 568-23) , i acabant amb casos en què el tanteig i el retracte poden operar àdhuc en supòsits de transmissió gratuïta (art. 561-10 i, per remissió, art. 563-4). La previsió més recent, l'art. 623-27, en matèria d'arrendaments rústics, preveu els drets d'adquisició preferent per als supòsits d'alienació onerosa, dació en pagament o aportació a societat. D'això en dedueix la DGDEJ que són excepcionals els casos en què s'admeten encara que no es pugui igualar la contraprestació del tercer (FD 2.3). Aquesta conclusió, que contribueix a construir l'argumentació que decidirà el recurs, és fins a cert punt forçada, atès que en l'aportació a una societat, introduïda en seu d'arrendaments rústics el 2017, el titular del dret d'adquisició no podrà oferir les accions o participacions que corresponguin i, d'altra banda, com s'acaba de destacar, hi ha supòsits en què

els drets d'adquisició operen també en cas de transmissió gratuïta, on el principi que s'extreu no hi juga cap paper.

La manca d'harmonització es constata també en la normativa administrativa. La DGDEJ manifesta que fora convenient uniformitzar (FD 3.1). Si en l'àmbit civil es volen justificar les diferències en el major o menor interès públic en protegir una determinada situació, això és encara més cert en l'esfera del dret administratiu. Sembla que en tots dos casos convindria un criteri únic.

En el marc del dret administratiu, amb alguna excepció que concreta com a negoci que genera els drets d'adquisició en la compravenda, prevalen les referències genèriques als supòsits de transmissió onerosa (en fa un resum el FD 3.1). Entre elles, hi ha la continguda a l'art. 1.2 del Pla General Municipal del Barcelona, ja transcrit, que concorda en aquest punt amb el que preveuen els art. 87 a 91 de la Llei 18/2007, relatius als drets de tanteig i retracte en l'àmbit de la protecció oficial. Correspon, doncs, determinar si la devolució d'aportacions resultants d'una reducció de capital entra dins d'aquesta categoria.

1.4. La reducció de capital no està subjecta als drets d'adquisició preferent, tret de disposició legal expressa

La DGDEJ conclou que les devolucions d'aportacions derivades d'una reducció de capital no estan subjectes als drets de tanteig i de retracte establerts a favor de l'Ajuntament. El principal argument que condueix a aquesta conclusió és que, tot i poder-se considerar onerosa la transmissió, el titular del dret d'adquisició no podria igualar el que rep la societat i el que correspon als restants socis arran de la reducció. Així:

> "La reducció de capital és una operació societària que, quan es fa amb la finalitat de fer la devolució del valor de les aportacions dels socis, pot ser qualificada com a negoci onerós. [...] Com a conseqüència d'aquesta operació, el soci que rep els béns conforme s'ha acordat tindrà menys participacions socials, però adquirirà uns béns, i la societat tindrà menys capital i menys patrimoni, amb una afectació paral·lela en l'actiu i el passiu. Per a executar un acord de reducció de capital amb devolució d'aportacions en béns o drets diferents dels diners, s'ha d'oferir aquesta possibilitat per igual a tots els socis, i la devolució ha de fer-se a prorrata del valor de les respectives participacions socials, llevat que, per unanimitat, s'acordi un altre sistema. El fet que el soci rebi béns, en el nostre cas una casa, comporta que perdi participacions en la societat, per la qual cosa resulta evident que l'hipotètic titular del dret d'adquisició preferent, l'Ajuntament, per via de tanteig no pot donar a la societat que transmet el mateix que li dona el soci, perquè compraria l'immoble a la societat i no es podria dur a terme la reducció de capital acordada, amb la conseqüent alteració de la regla de la prorrata en la devolució d'aportacions als socis, no es podrien amortitzar les participacions del soci adjudicatari i s'alterarien les majories de manera contrària a l'article 330 de la Llei de societats de capital. I si exercís el retracte contra la societat adquirent no podria subrogar-se en la posició de l'adquirent i retornar-li la posició de soci. Ens trobem, doncs, en un supòsit que no permet al titular del dret d'adquisició preferent donar al transmetent la mateixa prestació que li ha donat l'adquirent ni a l'adquirent obtenir el que ha obtingut del transmetent, per la qual cosa hauríem de negar la possibilitat d'exercir el dret en una reducció de capital. I és que la nota de qualificació només posa l'accent en el caràcter onerós del negoci de reducció de capital, però no té en consideració que perquè hi hagi dret d'adquisició preferent el seu titular ha de poder realitzar la mateixa contraprestació, llevat que la mateixa llei ofereixi una solució diferent." (FD 3.4)

Sembla que es tracta aquesta premissa com a principi general, basada sens dubte en el sentit comú, però que, això no obstant, només es trobaria explicitada en seu de fadiga i, fins a cert punt, de torneria i de retracte de confrontants. És més, el propi art. 623-27 CCC, de nova factura, el contradiria, en tant que admet també, igual que l'art. 15.1 de la Llei 18/2007, l'aportació a una societat com a detonant dels drets d'adquisició.

Potser per això la DGDEJ remarca de manera reiterada (FD 3.4, 3.5, 3.9) que la conclusió a la qual arriba no regiria si hi hagués previsió legal expressa en sentit contrari; és a dir, si es preveiés que la devolució d'aportacions en aquest context donés lloc als drets d'adquisició, com es fa amb l'aportació, la resolució hauria estat la contrària, per bé que les diferències entre un escenari i l'altre (reducció i aportació) són substancials i es tradueixen en la impossibilitat pràctica d'exercitar el tanteig (vegeu, de nou, el FD 3.5).

Però la manca de previsió legal, juntament amb la interpretació restrictiva de les limitacions al dret de propietat, que també es reitera (FD 1.2 i 3.5), condueixen a permetre la inscripció.

La DGDEJ considera que decisions seves anteriors no contradiuen aquesta solució. Així, a la Resolució de 25 d'octubre de 2013[3], es va equiparar l'aportació d'un immoble a una societat amb una transmissió onerosa als efectes d'exigir la cèdula d'habitabilitat, però això es justifica perquè l'art. 26 de la Llei 18/2007 la requereix en tota cessió d'ús, no només per protegir l'adquirent, sinó com a mesura de control de l'estat de conservació dels habitatges. A més, "Una cosa és obligar els propietaris a tenir l'habitatge en condicions de ser habitable, cosa que s'ajusta a l'exercici ordinari del dret de propietat, i un altra de diferent és restringir als propietaris la facultat de transmetre lliurement un bé, cosa que és excepcional en l'exercici del dret de propietat" (FD 3.7). En la Resolució de 21 de novembre de 2017[4] es va considerar que, en el mateix cas, procedien els drets de tanteig i de retracte previstos al Decret Llei 1/2015, de 24 de març, relatiu a habitatges procedents d'execucions hipotecàries i supòsits propers. Es va entendre que l'Administració podia compensar a la societat amb el valor de l'aportació projectada. La DGDEJ explica que:

> "En el cas del Decret Llei 1/2015, de 24 de març, com en el cas de les transmissions d'habitatges de protecció oficial, la finalitat és garantir el compliment, en les transmissions, d'uns requisits legals establerts prèviament. El dret s'estableix per equiparació amb els articles 87 a 91 de la Llei del dret a l'habitatge. En canvi, en el cas del PGM, el dret s'estableix sobre la base de l'article 15 de la Llei del dret a l'habitatge, i la finalitat és incrementar el parc públic d'habitatges. Com dèiem abans, una cosa és garantir el compliment d'una normativa prèvia (contingut ordinari del dret de propietat), encara que sigui mitjançant una restricció de la facultat de disposar, i una altra de diferent és establir directament una restricció a aquesta facultat." (FD 3.8)

L'argumentació no sembla necessària, atès que l'aportació d'un immoble a una societat és, com raona la pròpia DGDEJ en aquesta mateixa resolució, una operació molt diferent a la reducció amb devolució d'aportacions. Val a dir, però, que en el cas decidit per la Resolució de 21 de novembre de 2017 es va admetre una interpretació àmplia de l'onerositat (reflectida en les referències que fan els art. 87 a 91 de la Llei 18/2007 a la "contraprestació"), que aquí es rebutja.

[3] JUS/2316/2013 (DOGC núm. 6500, de 13.11.2013). Comentada a 3 *InDret* (2014).
[4] JUS/2800/2017 (DOGC núm. 7512, de 7.12.2017). Comentada a 2 *InDret* (2018).

D'altra banda, sembla voler-se delimitar una distinció entre les mesures de política d'habitatge en certa manera temporals i excepcionals, basades en la prevenció de l'especulació, i les que, en canvi, tenen com a objectiu l'increment del parc públic d'habitatges, però cal tenir en compte que aquesta fita també es preveu com a obligació de l'Administració a la Llei 18/2007 (vegeu-ne l'art. 73 i també els art. 160.5, lletra *b,* i 172 del Decret Legislatiu 1/2000, de 3 d'agost), que va guanyant intensitat com a eina per tal de garantir una protecció adequada al dret a l'habitatge.

La necessitat d'evitar conductes especulatives i àdhuc fraudulentes va conduir igualment a admetre l'existència dels drets de tanteig i de retracte de l'Ajuntament en un supòsit d'alienació de la meitat indivisa d'un edifici a la ja citada Resolució de 12 de març de 2020, malgrat resultar clar que poc podria complir l'Administració els seus objectius adquirint una quota indivisa. La funció de control que pot facilitar la notificació de la transmissió projectada va jugar un pes important en la decisió, i apareix novament en la Resolució de 4 de febrer de 2021 (*infra* apt. 3).

2. Resolució de 23 de desembre de 2020 (JUS/3519/2020; DOGC núm. 8314, de 13.1.2021). Venda de béns de menors subjectes a administració especial: la necessitat d'autorització judicial

2.1. Introducció

El cas que motiva aquesta resolució és la venda d'un immoble per part dels seus dos titulars, que són menors d'edat. Van adquirir l'immoble com a hereus de la seva àvia. En el seu testament, la causant va designar administradors especials per als béns de cadascun dels seus nets, fins que arribessin a l'edat de vint-i-cinc anys. Una de les netes i copropietària de l'immoble està subjecta a tutela de la Direcció General d'Atenció a la Infància i a l'Adolescència de la Generalitat, i la guarda delegada de la menor correspon al seu oncle i pare de l'altre cotitular de l'immoble. L'administrador especial dels béns rebuts de l'àvia és aquest mateix oncle. Per al fill d'aquest darrer, en canvi, la causant va establir que l'administració especial correspongués a la seva mare (i parella de fet del seu pare).

A l'atorgament de l'escriptura de compravenda de l'immoble hi van concórrer els administradors especials i també el representant de l'organisme tutelar.

Presentada l'escriptura al Registre de la Propietat, va ser objecte de qualificació negativa, al·legant la registradora que, tot i que la causant havia atribuït facultats dispositives als administradors especials, no havia exclòs la necessitat d'autorització judicial per a l'alienació de béns immobles i que, per tant, aquesta era preceptiva, d'acord amb els art. 222-41.1 i 3, 222-43.1, lletra *a,* 236-25, lletra *a*, i 236-27.1, lletra *a,* CCC.

Segons es pot llegir a la pròpia resolució (relació de fets I i II), sembla que el text testamentari rellevant establia que: "Per a l'exercici del càrrec, l'administrador designat ho ha de fer amb la diligència exigible a un bon administrador, segons la naturalesa i les característiques dels béns, i en aquest sentit, ha de tenir les més àmplies facultats per a la custòdia i administració dels béns, fins i tot les facultats dispositives, sempre que ho aconselli l'interès de l'hereva [o hereu]." També establia en forma de recomanació o prec que els seus hereus procuressin mantenir dins el patrimoni familiar l'habitatge de què es tracta.

La notària va recórrer la qualificació, sobre la base de diferents arguments. En primer lloc, per considerar-la insuficientment motivada (qüestió que la resolució de la DGDEJ no entra a valorar). En segon lloc, perquè interpreta que, tant des del punt de vista literal com de l'intencional, el testament revela la voluntat inequívoca d'atorgar facultats dispositives als administradors sense necessitat d'autorització judicial. Addueix en favor seu l'art. 421-6.3 CCC, el criteri subjectivista emprat pel TS, la DGRN i el TSJ de Catalunya (Sentència de 20.12.2004[5]) i el fet que al testament, redactat per un professional com és el notari, mai no s'hauria afirmat que s'atorgaven als administradors "les més àmplies facultats" si s'haguessin volgut limitar imposant-los la necessitat d'obtenir autorització judicial. El fet que els art. 222-43.2 i 236-27.2 CCC exigeixin que l'exclusió del control judicial s'estableixi de manera expressa només impediria apreciar-ne de tàcites o presumptes, però no quan es manifesten per escrit, com succeeix en el testament. En tercer lloc, entén que l'aplicació de l'art. 461-24.3 CCC desplaça els art. 222-41 i 222-43, en favor dels art. 236-25, lletra *a,* i 236-26 CCC.

2.2. La disposició de béns subjectes a administració especial

L'art. 461-24.3 CCC estableix que la disposició o el gravamen de béns de menors d'edat i incapacitats adquirits per títol successori es regeixen per les regles que hagi establert el causant i, si no n'hi ha, per les normes generals. En el testament de l'àvia dels venedors s'havien subjectat els béns que rebien, incloent la finca que es transmet, a administració especial, de manera que la representació correspon, respecte a aquests béns, a l'administrador designat en testament i no als titulars de la potestat o al tutor (art. 236-18.2, lletra *d,* 236-25, lletra *a,* i 222-41 i 222-47, lletra *d,* CCC). La qüestió discutida és si els administradors especials necessiten o no autorització judicial per tal de vendre un immoble (FD 1.1). La registradora sosté que, malgrat atorgar-los facultats dispositives, la causant no va excloure de manera expressa la necessitat d'autorització judicial (art. 222-41.2 i 236-27.2 CCC), mentre que la notària defensa que la interpretació de la voluntat de la causant condueix a entendre que es va voler eximir d'aquest control judicial.

La DGDEJ dedica el fonament de dret 1.4 a explicar quin és el règim aplicable en cas que el causant no hagi establert previsions sobre com s'ha de dur a terme la disposició d'immobles en aquests supòsits; és a dir, si el causant no ha fet ús de la possibilitat que li ofereix l'art. 461-24.3 CCC. La necessitat d'autorització judicial (art. 222-43.1, lletra *a,* i 236-27.1, lletra *a,* CCC) s'estableix en interès del menor (art. 222-44 i 236-28 CCC, en relació amb l'art. 211-6.1 CCC). La DGDEJ recorda les cauteles que preveuen tant els preceptes citats com els art. 61 a 66 de la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de jurisdicció voluntària, per concloure que "l'autorització judicial no és un requisit formal vacu, sinó que és l'expressió formal d'haver-se seguit aquest procediment, que posa de manifest un reguitzell de garanties perquè es pugui preservar adequadament el principi de l'interès superior del menor com a principi inspirador de la legislació civil catalana."

Tot i que a continuació s'afirma que en el cas objecte del recurs "es pot acceptar que, com que la testadora va establir l'administració i la disposició dels béns per l'administrador especial, aquesta sola previsió ja es pugui considerar una 'norma' que exclogui l'aplicació supletòria de la norma general per a fer aquests actes" (FD 1.5), immediatament considera que, atès que el testament no conté de manera expressa i literal l'exclusió de l'autorització judicial per a la disposició d'immobles, s'entén necessari procedir a interpretar-lo.

[5] ECLI:ES:TSJCAT:2004:14714.

2.3. La interpretació de la clàusula testamentària

En aquest punt, la DGDEJ parteix d'una interpretació literal del testament, per contrastar-la amb la interpretació literal dels art. 222-43.2 i 236-27.2 CCC. Remarca que tot i que la testadora va atorgar "les més àmplies facultats" als administradors, la referència a les "facultats dispositives" apareix de manera separada, en la proposició gramatical següent, sense que es faci cap al·lusió a l'autorització judicial, ni per requerir-la ni per excloure-la (FD 2.1). Per tal de considerar que s'ha produït l'exclusió, el criteri de la DGDEJ és el següent:

> "L'exclusió expressa no només és aquella que fa servir les mateixes paraules que la llei, sinó que és aquella dicció en paraules a través de la qual la causant exterioritza, mitjançant expressions semàntiques idònies, una voluntat inequívoca en aquest sentit, ja sigui utilitzant els mateixos termes que fa servir la llei ('excloc la necessitat d'autorització judicial'), o fins i tot, fent-ne servir d'altres que permetin arribar a la mateixa conclusió, que la causant ha exclòs l'autorització judicial expressament i de forma clara. Ens remeten a una exclusió deliberada i conscient feta per la causant en el seu testament i manifestada de forma inequívoca en la redacció del testament." (FD 2.2)

La DGDDEJ (FD 2.2) es planteja la possibilitat d'interpretar que el mer fet d'atribuir facultats dispositives ja comportaria l'exclusió de la necessitat d'autorització judicial, però ho descarta. D'una banda, perquè les facultats dispositives es poden exercir respecte a béns mobles o a diners. De l'altra, perquè la disposició no és només la venda o la permuta, sinó també el gravamen en garantia d'un deute aliè o fins i tot la donació, de manera que, sense la fiscalització que comporta la validació judicial de l'acte, pot conduir a la despatrimonialització del menor d'edat. Sense una manifestació inequívoca de la causant excloent la necessitat d'autorització judicial no es pot presumir que la confiança de la testadora en els administradors arribés tan lluny.

Potser hauria constituït un argument més a favor d'aquesta interpretació el "prec" de la testadora en el sentit que es procurés mantenir l'immoble que es venia dins del cercle familiar, però la DGDEJ no en fa ús, possiblement perquè també podria conduir al resultat contrari: és a dir, d'aquest prec se'n podria deduir que la testadora dipositava en els administradors la confiança que actuarien sempre en interès dels menors i que només quan aquest ho requerís permetrien que la casa familiar fos transmesa a tercers.

La resolució també descarta l'al·legació de la notària en el sentit que la necessitat d'autorització judicial és una càrrega que cal interpretar de manera restrictiva, d'acord amb l'art. 421-6.3 CCC, atès que no es tracta d'una càrrega (imposada a l'hereu), sinó d'una garantia de l'interès dels menors (hereus) (FD 2.4).

En definitiva, conclou que tot i que des del Codi de Successions de 1991 s'han anat incorporant mecanismes alternatius a l'autorització judicial i que no seria anòmal ni trairia l'interès superior del menor prescindir de la necessitat d'autorització judicial, això ha d'haver quedat palès de manera clara al testament (FD 2.3), cosa que s'interpreta que no va succeir, motiu pel qual es desestima el recurs.

3. Resolució de 4 de febrer de 2021 (JUS/293/2021; DOGC núm. 8341, de 15.2.2021). Els drets d'adquisició preferent de l'Administració en primeres i ulteriors transmissions d'habitatges provinents d'execucions hipotecàries

3.1. Introducció

L'any 2011 l'habitatge objecte del recurs va ser adquirit en un procediment d'execució hipotecària. El 2012 es va vendre a una parella casada que, l'any 2020, el torna a transmetre per mitjà d'un nou contracte de compravenda. En l'escriptura es va fer constar que l'habitatge no estava subjecte a drets de tanteig i retracte de l'Ajuntament de Barcelona ni de la Generalitat de Catalunya.

Aquesta manifestació no va ser compartida per la registradora, que va qualificar negativament per considerar que mancava la preceptiva notificació a les referides administracions, de conformitat amb l'art. 2 del Decret llei 1/2015, de 24 de març, de mesures extraordinàries i urgents per a la mobilització dels habitatges provinents de processos d'execució hipotecària i la disposició addicional 7a de la Llei 4/2016, de 23 de desembre, de mesures de protecció del dret a l'habitatge de les persones en risc d'exclusió social.

La qualificació va ser recorreguda pel notari autoritzant, al·legant la necessitat d'interpretar restrictivament les limitacions al poder de disposició dels propietaris. En aquesta línia, entenia que les persones físiques haurien de quedar excloses d'aquestes càrregues i, a més, qüestionava la legitimitat de la normativa establerta al Decret llei 1/2015, en la mesura en què la seva aplicació retroactiva infringeix els principis rectors de l'ordenament jurídic (art. 9.3 de la Constitució).

La lectura de la resolució deixa entreveure la incomoditat de tots els operadors implicats amb la normativa de referència, a la descripció de la qual es dedica el següent apartat.

3.2. Els drets d'adquisició preferent del Decret llei 1/2015

El Decret llei 1/2015 recull diverses mesures que tenen com a objectiu mobilitzar el parc d'habitatges, especialment els que estiguin buits, i promoure'n l'adequació a les condicions d'habitabilitat. Així es desprèn del seu preàmbul. En aquest, són reiteradíssims els incisos en què es fa referència a l'acumulació d'immobles en mans de les entitats financeres, de les seves filials i de la Sareb, així com a les transmissions en bloc d'habitatges a fons d'inversió que pretenen obtenir-ne beneficis importants a curt termini. Així, per exemple, es pot llegir que:

> "La constància i regularitat del nombre d'execucions hipotecàries des del 2008 ha comportat de manera progressiva que les entitats financeres hagin anat adquirint milers de productes immobiliaris, en bona part habitatges de persones jurídiques i físiques, per la via de l'adjudicació judicial, però també a través de mecanismes convencionals com la dació en pagament del deute. [...]
>
> Igualment, a diferència dels habitatges de nova construcció, aquests habitatges, propietat de les entitats financeres i també de la Sareb, es troben en una multiplicitat de situacions que fan més difícil abordar la problemàtica que generen. [...]

> Aquests habitatges, els derivats dels processos d'execució hipotecària i en la multiplicitat de situacions en què es troben, segons s'ha explicat, són, principalment, els habitatges que constitueixen l'objecte del present Decret llei, que pretén coadjuvar en la mobilització del parc desocupat d'habitatges per causa de la manca de condicions d'habitabilitat i afavorir-ne l'ocupació.
>
> Hi ha, però, dues circumstàncies que fan imprescindible adoptar mesures extraordinàries i urgents respecte d'aquests habitatges per tal de poder fer front als objectius de governabilitat en matèria d'habitatge D'una banda, el fet que algunes entitats financeres i societats vinculades han començat a vendre part de la seva cartera hipotecària, o fins i tot aquests habitatges, a fons d'inversió internacionals, que en la seva majoria persegueixen la materialització de beneficis a curt termini mitjançant diferents mecanismes que inclouen la possible nova venda dels habitatges a altres inversors. Cal dir que molts d'aquests habitatges o carteres hipotecàries venudes en paquets s'estan transmetent amb uns descomptes sobre els preus molt importants. Es tracta d'operacions que poden acabar suposant milers d'habitatges en mans d'aquests fons d'inversió, que poden suposar una greu afectació del mercat si no es prenen mesures que afavoreixin la mobilització d'aquests habitatges prioritàriament en lloguer i impedeixin també una nova dinàmica especulativa al seu voltant."

A més, un altre fragment del mateix preàmbul sembla donar a entendre que els drets de tanteig i retracte de l'administració regeixen per al cas de transmissions d'habitatges en bloc:

> "Així, davant l'eventualitat que es puguin produir vendes massives d'aquests habitatges per les entitats financeres, s'estableix un dret de tanteig i retracte a favor de l'Administració, del qual també podran ser-ne beneficiaris els municipis i altres entitats, i que garanteix que l'Administració pública pugui beneficiar-se dels baixos preus d'aquestes transaccions per incrementar el seu parc d'habitatge social."

Però l'objectiu expressat posteriorment es perd en l'articulat, que no fa distincions quant als subjectes transmitents ni quant al número d'habitatges que canvien de mans i, a més, s'ha estès a partir de la reforma duta a terme pel Decret llei 17/2019, de 23 de desembre, que és la que genera problemes en el cas tractat per la resolució.

En la seva redacció original, l'art. 2.1 del Decret llei 1/2015 establia que:

> "La transmissió dels habitatges adquirits en un procés d'execució hipotecària o mitjançant compensació o pagament de deute amb garantia hipotecària que estiguin situats en àrees de demanda residencial forta i acreditada i hagin estat adquirits després de l'entrada en vigor de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, està subjecta al dret de tanteig i retracte de l'Administració de la Generalitat."

També en la seva redacció original, la disposició final primera preveia que:

> "Les mesures d'intervenció previstes en els articles 2 i 4 s'estableixen amb caràcter temporal i es limita el seu exercici als 6 anys següents a l'entrada en vigor d'aquest Decret llei."

En aquells moments, per tant, tota transmissió d'habitatge adquirit en procediment d'execució hipotecària o per a compensació o pagament d'un deute amb garantia hipotecària es trobava subjecta a tanteig i retracte per part de l'administració, sempre que aquella adquisició hagués tingut lloc a partir del 9 d'abril de 2008, data d'entrada en vigor de la Llei 18/2007. Això ja significava l'aplicació de la càrrega a subjectes que haguessin adquirit amb anterioritat a

l'entrada en vigor de la norma que l'establia. Tot i que no es distingia segons si l'adquirent havia estat persona jurídica o persona física, durant el període contemplat segurament no és massa agosarat aventurar que la majoria d'adquirents en processos d'execució hipotecària haurien estat entitats financeres o tercers que actuaven pel seu compte i més encara si l'adquisició s'havia produït arran d'una dació en pagament. La mesura s'havia d'allargar durant sis anys i, per tant, s'entén que s'hauria d'haver aplicat quan els referits adquirents pretenguessin transmetre els habitatges dins d'aquest període (entre el 27.3.2015 i el 27.3.2021).

El Decret llei 17/2019, de 23 de desembre, de mesures urgents per millorar l'accés a l'habitatge, va modificar l'art. 2.1 del Decret llei 1/2015, per incloure tots els municipis (és a dir, no només els situats en àrees de demanda residencial forta i acreditada) i per estendre els drets de tanteig i retracte que estableix tant a les primeres transmissions com a les posteriors que tinguin lloc durant la vigència del Decret llei 1/2015, que s'allarga fins als 12 anys (això és, fins a març de 2027). L'art. 3 del Decret llei 17/2019 no va ser recorregut d'inconstitucionalitat i, per tant, a diferència d'una part molt important de les modificacions que incorpora, no va resultar afectat per la STC 16/2021, de 28 de gener. El text actualment vigent de l'art. 2.1 del Decret llei 1/2015 és el següent:

> "La transmissió dels habitatges adquirits en un procés d'execució hipotecària o mitjançant compensació o pagament de deute amb garantia hipotecària que hagin estat adquirits després de l'entrada en vigor de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, està subjecta al dret de tanteig i retracte de la Administració de la Generalitat. Aquest dret d'adquisició preferent afecta la primera i posteriors transmissions dels habitatges durant la vigència d'aquest Decret llei."

D'altra banda, la disposició addicional setena de la Llei 4/2016, de 23 de desembre, de mesures de protecció del dret a l'habitatge de les persones en risc d'exclusió residencial, recull l'obligació de notificar la transmissió projectada tant a l'Agència de l'Habitatge de Catalunya com a l'Ajuntament, en el municipi de Barcelona, com és el cas de l'habitatge objecte d'aquest recurs.

3.3. La subjecció de tota transmissió als drets d'adquisició preferent de l'Administració, amb independència dels subjectes implicats

En el seu recurs, el notari apel·lava a l'art. 3.1 del Codi civil espanyol per defensar que, malgrat no distingir l'art. 2 del Decret llei 1/2015 entre els possibles subjectes afectats pels drets d'adquisició preferent, del preàmbul se'n deduiria que l'objectiu de la norma era garantir la possibilitat d'intervenir en les transmissions dutes a terme per entitats financeres, les seves filials o fons d'inversió. Es tractaria d'interpretar la disposició segons el seu esperit i finalitat. Convé recordar que la compravenda objecte de qualificació negativa es va dur a terme entre persones físiques particulars.

Tal i com s'ha vist a l'apartat anterior a aquest, l'argumentació que proporciona el referit preàmbul certament dona la impressió que operacions com aquesta darrera resten fora de l'objectiu de la norma. Deixant de banda l'àmbit de la protecció oficial, difícilment es pot veure com una disposició de protecció del dret a l'habitatge la que impedeix a qui hi resideix transmetre'l lliurement i, a més, sense la demora que comporta el termini que té l'Administració per decidir si exercita o no els seus drets. La principal preocupació sembla ser, d'acord amb el preàmbul, la d'impedir operacions orientades a obtenir beneficis importants en poc temps, i

alhora aprofitar els preus baixos en què se solen produir les transmissions en bloc per tal d'incrementar el parc públic d'habitatge.

Això no obstant, tal i com recorda la DGDEJ, els preàmbuls no tenen valor normatiu i serveixen únicament per interpretar el sentit propi de les paraules emprades pel legislador, de les quals no se'n pot prescindir (FD 1.2). Per tant, considera que tota transmissió de béns que procedissin de procediments d'execució hipotecària o de compensació o pagament de deutes amb garantia hipotecària posteriors a l'entrada en vigor de la Llei 18/2007 queden subjectes als drets d'adquisició, amb independència de qui en sigui el transmitent (FD 1.3).

Per tal d'intentar donar algun sentit a aquest resultat, la DGDEJ considera que "d'aquesta manera es garanteix al màxim la finalitat protectora de la norma, ja que, en qualsevol transmissió d'habitatges en què concorrin les circumstàncies legalment previstes, és la mateixa Administració qui, en valorar en cada cas la transmissió de què es tracti, decideix si exercita o no els drets d'adquisició que té legalment atribuïts" (FD 1.3). Aquesta consideració és molt benèvola amb la norma. Tot i no negar la rellevància de la funció social de la propietat, resulta arriscat deixar en mans de l'Administració valorar si interfereix o no en una compravenda entre persones privades. Amb quins criteris ho farà? Com decidirà que és més idoni que adquireixi ella mateixa que un altre adquirent d'habitatge (potser habitual)? Com es fiscalitza la seva decisió i quant de temps s'inverteix en fer-ho? Tot això, sense tenir en compte que el mer fet d'haver de notificar i esperar la resolució de l'Administració al respecte genera uns costos, tant valorables econòmicament com no, de magnitud important. Un cop més, és el poc encert de la normativa d'habitatge el que genera dubtes i incerteses que, al seu torn, també tenen efectes col·laterals de magnitud. Errades i imprecisions que igualment s'estenen a les transmissions afectades, com es veurà a continuació, i que entorpeixen el legítim objectiu de procurar millorar el mercat de l'habitatge per tal de facilitar-hi l'accés i l'estabilitat.

3.4. Les transmissions afectades i la retroactivitat de les restriccions al poder de disposició

Mostra d'aquestes imprecisions ho era ja la redacció original de l'art. 2.1 del Decret llei 1/2015, de manera que calia dur a terme una tasca interpretativa per tal de determinar si afectava només la primera o també ulteriors transmissions. Es va decantar per aquella solució la RDGDEJ de 21 de novembre de 2017[6], al fonament de dret 3.2. El mateix legislador sembla haver-ho interpretat en el mateix sentit i per això, per mitjà del Decret llei 17/2019, amplia l'àmbit d'aplicació dels drets d'adquisició a les transmissions ulteriors.

El problema, però, rau en determinar si, per tal que una segona o ulterior transmissió estigui subjecta al tanteig i retracte de l'Administració, cal que també ho hagués estat la primera. La tesi del notari és aquesta. Segons es desprèn de la resolució, el notari entén que, per bé que l'habitatge havia estat adquirit en un procés d'execució hipotecària l'any 2011 (és a dir, amb posterioritat a l'entrada en vigor de la Llei 18/2007), la transmissió de l'any següent als actuals venedors no estava subjecta als referits drets d'adquisició, perquè el Decret llei 1/2015 no havia entrat encara en vigor. En conseqüència, entén que tampoc la segona transmissió, l'any 2020, hi estava subjecta. Reforça la conclusió remarcant que la finca havia sortit del mercat hipotecaria l'any 2019, de manera que no havia estat mai subjecte a aquestes limitacions (FD 2.1). La registradora, per la seva banda, sosté la conclusió contrària, per entendre que el que manté el

[6] JUS/2800/2017 (DOGC núm. 7512, de 7.12.2017). Comentada a 2 *InDret* (2018).

notari faria inútil l'aplicació del Decret llei 1/2015 a les ulteriors transmissions d'habitatges durant la seva vigència, si la primera va tenir lloc abans de la seva entrada en vigor però amb posterioritat al 9 d'abril de l'any 2008, la qual cosa no semblar adir-se amb la voluntat de mobilitzar el parc públic d'habitatges adquirits per les entitats financeres en el marc dels processos descrits a l'art. 2.1 (FD 2.2).

La DGDEJ es decanta per la posició mantinguda pel recurrent, sobre la base, d'una banda, de l'argument literal i, de l'altra, del principi d'irretroactivitat que presideix l'ordenament.

Quant al primer, entén que la redacció del precepte i l'ús de la conjunció copulativa, enlloc de la disjuntiva aclareix el sentit que cal donar a la norma:

> "[L]a 'primera transmissió' és –continua sent– la que origina el naixement del dret d'adquisició preferent; i, en segon lloc, [...] aquest dret d'adquisició 'afecta la primera i posteriors transmissions' de forma unitària i conjunta, en el sentit que, si afecta la primera transmissió, afecta les que es fan amb posterioritat, de manera que aquestes transmissions posteriors determinen el naixement del dret d'adquisició preferent únicament si la primera transmissió havia donat lloc a aquest dret. Si no és així, és a dir, si operés aquest dret d'adquisició en una transmissió posterior encara que la primera transmissió no l'hagués originat, entenem que article 2.1 del Decret llei 1/2015, de 24 de març, en la seva nova redacció, hauria d'haver dit que 'aquest dret d'adquisició preferent afecta la primera o les posteriors transmissions dels habitatges durant la vigència d'aquest Decret llei'." (FD 2.3)

Ho confirma, a més, la concepció del dret d'adquisició com a càrrega que grava el dret de propietat i que es transmet amb ell:

> "Aquesta idea és coherent amb la consideració del dret d'adquisició preferent com una càrrega que grava el dret de propietat sobre l'habitatge que s'adquireix en un procés d'execució hipotecària i que –com a càrrega o restricció real que és– es transmet amb el dret de propietat als seus ulteriors titulars, de manera que tota alienació onerosa que realitzin estarà subjecta al dret de tanteig i retracte de l'Administració. En canvi, si el dret de propietat adquirit en el procés d'execució hipotecària no està gravat amb aquest dret de tanteig i retracte –i no ho està en les adquisicions anteriors al Decret llei 1/2015, de 24 de març–, la seva transmissió posterior a un segon titular es produeix lliure d'aquests gravàmens, i el mateix succeeix amb les transmissions que es puguin atorgar després" (FD 2.3)

En segon lloc, considera que el principi d'irretroactivitat de les normes, especialment si comporten restriccions al dret de què es tracta, condueix a la mateixa conclusió. Per tant, només estarien subjectes als drets d'adquisició preferent les segones o ulteriors transmissions si la primera es va produir sota la vigència del Decret llei 1/2015 i la segona o ulterior és posterior a l'entrada en vigor del Decret llei 17/2019. En conseqüència, s'estima el recurs i es revoca la qualificació, permetent la inscripció.

3.5. Consideracions finals

Segurament la voluntat del legislador de 2019 era subjectar als drets d'adquisició preferent les transmissions ulteriors tant si gravaven la primera com si no. És a dir, que el cas objecte d'anàlisi en aquesta resolució, atès que la norma no distingeix segons quins siguin els subjectes implicats, hauria caigut dins de l'àmbit d'aplicació de l'art. 2.1 del Decret llei 1/2015. Sembla clar que es tenien presents operacions entre entitats financeres i fons d'inversió respecte a immobles

adquirits a partir de l'entrada en vigor de la Llei 18/2007 en processos d'execució hipotecària o operacions assimilades, perquè certament és ben probable que abans de 2015 ja s'hagués produït algun canvi de titularitat entre entitats d'aquesta naturalesa. Aquella transmissió anterior no hauria estat afectada pels drets d'adquisició, però es pot intuir de tot el preàmbul que la voluntat de la reforma de 2019 era estendre els drets de tanteig i retracte igualment a les transmissions posteriors. Novament, no sembla que es donés trasllat del recurs a l'Ajuntament ni a l'Agència de l'Habitatge de Catalunya. Hauria estat interessant conèixer la seva posició al respecte.

En tot cas, els arguments que empra la DGDEJ, especialment quant a la retroactivitat de la norma i a la necessitat d'interpretar restrictivament les limitacions a les facultats dispositives del propietari són sòlids. El problema és que, tot i aquesta interpretació "correctora", no de la lletra del precepte, però potser sí de la voluntat del legislador, tampoc no clou el problema de la retroactivitat: l'art. 2.1 del Decret llei 1/2015 ho és malgrat això, atès que altera les facultats dispositives de qui va adquirir (arran d'una execució hipotecària o supòsits assimilats) amb anterioritat a la seva entrada en vigor.

Nogensmenys, cal tenir en compte que també la legislació urbanística és en molts casos "retroactiva", en el sentit (impropi, si es vol) que altera, de vegades amb un impacte important, les facultats del titular que va adquirir en condicions diferents (és a dir, amb anterioritat a l'entrada en vigor de la norma de què es tracti). Ens hem avesat a aquesta circumstància. A partir de la crisi de 2008, el mateix succeeix amb múltiples normes en matèria d'habitatge, tant si es tracta de mesures de política de foment en aquest àmbit com si s'estableixen obligacions concretes als titulars d'immobles (sovint només si pertanyen a certes categories també de factura relativament nova, com és el cas del concepte de gran tenidor). Sense anar més lluny i potser com exemple proper a l'expropiació d'ús, la discutida obligació d'oferir un lloguer social que recullen la Llei 24/2015, de 29 de juliol, de mesures urgents per a afrontar l'emergència en l'àmbit de l'habitatge i la pobresa energètica, i la Llei 4/2016, de 23 de desembre, de mesures de protecció del dret a l'habitatge de les persones en risc d'exclusió residencial, s'aplica a grans tenidors i altres entitats generalment amb independència de la data en què haguessin adquirit, i en tot cas si es tracta d'una persona jurídica que hagués accedit al domini "després del 30 d'abril de 2008 habitatges que siguin, en primera o en ulteriors transmissions, provinents d'execucions hipotecàries, provinents d'acords de compensació de deutes o de dació en pagament o provinents de compravendes que tinguin com a causa la impossibilitat de retornar el préstec hipotecari". No és estrany, doncs, que canviïn les facultats integrants del dret de propietat (o d'altres drets reals, com ara la hipoteca) arran de normes posteriors al moment en què es va adquirir la titularitat. I també cal tenir en compte que els drets d'adquisició no han estat recorreguts d'inconstitucionalitat, a diferència de tanta altra normativa autonòmica d'habitatge.

Ara bé, el magma legislatiu en aquest context comença a aproximar-se a l'existent en matèria urbanística, de manera que la premissa segons la qual les limitacions legals afecten al tercer hipotecari es tensa, motius pel qual s'entén que la DGDEJ clogui la resolució que ara es comenta considerant "que quan la primera transmissió hagi estat posterior al Decret llei 1/2015, de 24 de març, sembla convenient que la informació registral que s'expedeixi reflecteixi la circumstància de l'adjudicació hipotecària anterior de la finca, o la compensació o el pagament de deutes anteriors, tot i no ser ja vigent la titularitat registral del domini adquirit en virtut d'aquests títols" (FD 2.5). Certament, sense aquesta informació, que no s'aconseguiria tret que es sol·licités un històric de la finca, no es pot saber si regeixen o no els drets de tanteig i retracte de l'Administració. Però els entrebancs competencials dificulten que aquesta recomanació es pugui

materialitzar. De fet, comença a ser necessària una normativa paral·lela a la continguda al Reial Decret 1093/1997, de 4 de juliol, però que no es límit a actes de naturalesa administrativa.

4. Bibliografia citada

Miriam ANDERSON (2014-2020), "Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques", 3 *InDret* (2014), disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1066_cat.pdf; 2 *InDret* (2018), disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2018/07/1383.pdf; 2 *InDret* (2020), disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2020/04/1540.pdf

InDret

2.2021

Naturaleza y régimen jurídico de las criptomonedas*

Ernesto Alejandro Suárez Puga
Universitat Pompeu Fabra y ESADE Law School
ernestoa.suarez@upf.edu
-

1. Introducción

El fenómeno de las criptomonedas vive en una constante evolución a raíz de la continuamente cambiante innovación tecnológica de los medios telemáticos. Respecto de las criptomonedas se ha llegado a decir que estamos viviendo una auténtica revolución del dinero tal y como lo hemos concebido hasta el momento.

No obstante, la realidad es que ni siquiera la representación digital de este tipo de dinero o monedas es algo especialmente novedoso en el tráfico económico digital. Sin embargo, como pasa con todo fenómeno aparentemente disruptivo, en sus primeros compases puede costar identificar y diferenciar dónde se encuentra el ingenioso descubrimiento, si es que lo hay y, especialmente, sus virtudes y cuestiones más problemáticas.

Ahora bien, es imposible cuestionar la rabiosa actualidad generada por este fenómeno de las monedas digitales. Solamente durante el primer cuatrimestre de este año 2021 se han sucedido una serie de eventos en torno a las mismas que demuestran el interés público mundial que está teniendo este ámbito de la actividad económica.

En primer lugar, el Banco Popular de China ha empezado a distribuir el *yuan* digital de manera experimental, lo que algunos economistas marcan como el inicio del fin del reinado del dólar americano como divisa de referencia y una seria amenaza para hasta el momento pujante *Bitcoin*[1].

En segundo lugar, el inicio de la cotización en el *Nasdaq* americano de la plataforma de compraventa de criptomonedas *Coinbase,* con una capitalización inicial de aproximadamente unos 86.000 millones de dólares[2].

En tercer lugar, un Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional se ha declarado competente para conocer de una presunta estafa de inversión en criptomonedas que podría implicar a más de 32.000 afectados y por un importe que podría superar los 100 millones de euros[3].

---

* El siguiente trabajo se ha beneficiado sustancialmente de los comentarios de Adrián Segura Moreiras y de Víctor Muñoz Varela. Los errores u omisiones en el mismo son única y exclusiva responsabilidad de su autor.

[1]Vid. https://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/11153954/04/21/El-yuan-digital-es-una-amenaza-para-el-bitcoin-y-para-el-reinado-del-dolar-Puede-cambiarlo-todo.html

[2] Vid. https://www.dw.com/en/coinbase-to-be-listed-on-nasdaq-in-cryptocurrency-milestone/a-57193555

[3] Vid https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Juzgado-Central-de-Instruccion-4-investigara-la-mayor-estafa-piramidal-de-inversion-con-criptomonedas

Por ello y dada la efervescencia social por las monedas digitales, el objetivo de este trabajo es ofrecer una primera aproximación al mismo desde una visión jurídica. Para ello, partiremos de ofrecer un concepto unitario de criptomoneda. A partir de este concepto dogmático unitario, expondremos una breve clasificación de las diferentes manifestaciones del tráfico a las que se etiqueta de criptomonedas y finalmente abordaremos su función esencial como instrumento de pago y su régimen jurídico aplicable básico en la Unión Europea y en nuestro país. Este recorrido nos permitirá identificar, desde una visión jurídica, algunas de las cuestiones más controvertidas que suscitan las monedas digitales para su uso en el mercado bien como medio de pago bien con otras finalidades distintas como la de inversión o especulación.

2. Concepto unitario, características comunes y tipología

En un sentido amplio, el concepto de criptomonedas se refiere al conjunto de representaciones de naturaleza electrónica o digital que, en atención a su valor patrimonial y a su específica configuración tecnológica, son aptas para funcionar como medio de pago generalmente aceptado de obligaciones dinerarias bien por mandato legal bien por voluntad convencional de los operadores económicos.

De esta definición general cabe extraer, al menos, tres ideas fundamentales que facilitan la comprensión de lo que cabe concebir como criptomonedas.

En primer lugar, el prefijo cripto que caracteriza a estos elementos potencialmente condensadores de valor patrimonial parece referirse tanto al soporte o medio digital o electrónico tecnológicamente empleado para su emisión y representación como a la circunstancia de que su uso en el tráfico se caracterice por la utilización de técnicas de encriptación para garantizar la seguridad y la fiabilidad de las operaciones de pago.

En segundo lugar, la palabra moneda se refiere a la aptitud de estas representaciones digitales o pretensión de aptitud de las mismas de ser equivalentes al dinero fiduciario, los billetes y monedas de curso legal[4], a efectos de ser consideradas como especie general y comúnmente aceptada como medio de pago de obligaciones dinerarias[5].

En tercer lugar, las criptomonedas son la última evolución tecnológica en la tendencia hacia la desincorporación o desmaterialización del dinero iniciada con el denominado dinero escriturario o bancario[6], esto es el que tiene forma de apuntes en las cuentas corrientes bancarias y que representan créditos de idéntica naturaleza dineraria e inmediata exigibilidad entre las entidades bancarias y sus clientes. O lo que es lo mismo, las criptomonedas comparten con la moneda bancaria o escrituraria el hecho de ser meros apuntes contables con aptitud potencial para representar poder patrimonial empleable como medio de pago en el tráfico económico. Y si bien originariamente la moneda bancaria o escrituraria podía estar documentalmente representada

[4] Recordemos que, en nuestro país, en virtud del artículo 3 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro, *"los billetes y monedas denominados en euros serán los únicos de curso legal en el territorio nacional"*.

[5] Vid. Artículo 1.170 del Código Civil.

[6] Vid. José Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ (1994), "Sistemas de las deudas de dinero (notas para una revisión de la doctrina española", Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdera y Tuells", vol. 3, 1994, pags. 2071-2104.

en soportes físicos duraderos como el papel (libretas de ahorro o tarjetones), su progresivo reflejo electrónico o digital, a medida que la evolución de la tecnología lo ha permitido, la convirtió en la primera manifestación de lo que hoy conocemos en el tráfico como criptomonedas.

Comprendidas en este sentido amplio, la función natural de las criptomonedas es la sustitución del efectivo como medio de pago, evitando los costes y los riesgos inherentes a la circulación física del dinero, permitiendo operaciones de pago entre las partes mediante la técnica de meras operaciones contables de débito y abono en cuenta. Estas operaciones contables constituyen el resultado final de procedimientos técnicos basados en la confidencialidad de los datos empleados por las partes implicadas[7]. Confidencialidad que es garantizada, entre otras, con técnicas de encriptación o cifrado de los datos. En estas operaciones de pago las partes son auxiliadas por proveedores profesionales de servicios de pago.

Esta funcionalidad solutoria de las monedas digitales es lo que permite distinguirlas de otros criptoactivos que tienen otras finalidades como la de inversión y en los que sus tenedores tienen directa o indirectamente el derecho a recibir condicionada o incondicionadamente una cantidad de dinero.

3. Tipología de criptomonedas

Ante la multitud de manifestaciones del tráfico identificadas indistintamente por con el vocablo criptomoneda, es conveniente, antes de centrar el análisis en aquellas que operan como instrumentos de pago en el tráfico económico privado, realizar una categorización de dichas manifestaciones. Al respecto, creemos que lo más intuitivo para construir el mapa de estas diversas manifestaciones en atención al sujeto o institución que la acuña o, más precisamente, emite.

Así, las criptomonedas pueden clasificarse en función de la naturaleza de su sujeto emisor en públicas y privadas.

Las criptomonedas públicas serían aquellas monedas emitidas digitalmente por Estados soberanos y serían un equivalente digital del denominado dinero fiduciario. Algunos países como Suecia[8] o China[9] han mostrado su interés en investigar la emisión de este tipo de divisas y otro como Bahamas ha sido el primer Estado soberano del mundo en emitir este tipo de divisas digitales y en establecer su uso como medio de pago equivalente al dinero efectivo de curso

[7] Vid. Ernesto Suárez Puga (2015), "Uso no autorizado de tarjetas de pago: breve estudio del régimen de responsabilidad del emisor ante el contratante consumidor", *Diario La Ley*, núm. 8660-2015.
[8] Vid. https://www.riksbank.se/en-gb/payments--cash/e-krona/
[9] Vid. https://www.reuters.com/world/china/china-expand-digital-yuan-experiments-central-bank-vice-governor-2021-04-18/

legal[10]. Asimismo, el Banco Central Europeo viene impulsando desde el año 2020 un proyecto de monedas digitales en la eurozona a través de un grupo de trabajo[11].

En todo caso, no es una criptomoneda pública el petro[12] emitido por el gobierno de Venezuela puesto que aún no es un medio de pago generalmente reconocido siquiera en dicho país sino que es una especie de activo financiero solamente convertible en otras criptomonedas o en bolívares de curso legal. Tampoco conviene confundir con el concepto de criptomonedas como instrumento de pago digital con el hecho de que las divisas emitidas por los bancos centrales constituyan habitualmente la unidad de cuenta utilizada de manera digital tanto para reflejar el dinero fiduciario en circulación como para denominar el dinero bancario o escriturario.

Por contraposición a las divisas digitales públicas, las criptomonedas privadas serían aquellas emitidas digitalmente por emisores privados. Dentro de estos emisores destacan por un lado los dedicados a los servicios de pago de manera profesional como las entidades bancarias, otros empresarios o redes de empresarios emisores no dedicados a la prestación de dichos servicios pero que auxiliar o complementariamente emiten instrumentos de pago en el marco de su actividad y, en último término, asociaciones informales de emisión y gestión de monedas digitales. Es decir, dentro de las criptomonedas privadas cabría distinguir aquellas cuya emisión y gestión como medio de pago corre a cargo de sujetos o grupos de sujetos plenamente identificables y aquellas gobernadas por asociaciones informales de individuos y/o entidades como parece suceder en el caso de *Bitcoin*.

En consecuencia, podemos distinguir entre criptomonedas de emisión y gestión centralizada o claramente imputable a un sujeto o sujetos que se asocian voluntariamente y establecen unas reglas y políticas de gobierno de emisión y gestión de estos medios de pago basadas en la cooperación entre los miembros del sistema y la correlativa exclusión de los no miembros y aquellas otros medios de pago cuya emisión y gestión descentralizada o, más precisamente, despersonalizadas se basa en un sistema de gobierno de emisión y gestión de las criptomonedas de acceso potencialmente universal y despersonalizado[13].

Además, dentro de las criptomonedas de gestión centralizada cabría distinguir entre aquellas emitidas y gestionadas por entidades profesionales de los servicios de pago y las monedas digitales emitidas por empresarios o grupos de empresarios no financieros y cuyo objetivo es habitualmente convertirlas en medios habituales de pago en sus establecimientos, en su cadena de distribución o en los mercados que crean y/o administran.

---

[10] Es el conocido como *Sand dollar*. La emisión pública del *Sand dollar* parece responder al interés de las autoridades de Bahamas por facilitar el acceso a la población local de los servicios de pago digitales a través de la implementación de nuevos operadores dedicados a esta modalidad de pago. Y es que paradójicamente, a pesar de ser uno de los países del mundo con más bancos por habitantes, la población de Bahamas no disfruta de unos servicios de pago de calidad por la dispersión geográfica de su territorio en múltiples islas, su atractivo fiscal para un espectro de clientes extranjeros con alto poder adquisitivo, la reducción de las redes de sucursales bancarias y, especialmente, la falta de interoperabilidad entre los diferentes operadores de servicios de pago. Vid. https://www.centralbankbahamas.com/viewPDF/documents/2019-12-25-02-18-11-Project-Sanddollar.pdf

[11] Vid. https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro~4d7268b458.en.pdf

[12] Vid. Ignacio Herrera Anchustegui y Tina Soliman Hunter (2019), "Oil as Currency: Venezuela's Petro, a New 'Oil Pattern'?", *Oil, Gas and Energy Law (OGEL)*, (https://www.ogel.org/).

[13] Vid. https://bitcoin.org/es/

Así, por ejemplo, destacan en esta última categoría los Amazon Coin[14] o los Facebook Credits[15][16]. No obstante, estas últimas no son criptomonedas en el sentido estricto que empleamos en este trabajo puesto que no suelen ser generalmente aceptadas como medios de pago fuera de las cadenas de distribución o de los mercados administrados para los que se emiten. Es decir, estos instrumentos constituyen representaciones digitales de créditos de su titular contra el emisor y/o terceros vinculados que, con carácter general, no es reembolsable con dinero de curso legal, sino que es utilizable como medio de intercambio de los bienes y/o servicios que su emisor y/o terceros vinculados al mismo ofrecen. Este tipo de instrumentos no dejan de ser el equivalente virtual de las tarjetas o cheques regalos emitidos en soporte papel. De ahí que la Directiva de Servicios de Pago[17] excluya este tipo de instrumentos de su ámbito de aplicación siempre que solamente puedan utilizarse de forma limitada bien para *adquirir bienes o servicios en los locales o dentro de una red limitada de proveedores de servicios en virtud de un acuerdo comercial directo con un emisor profesional* bien cuando únicamente *pueda adquirirse una gama muy limitada de bienes o servicios*[18][19].

4. Las criptomonedas como medios de pago

Las monedas virtuales se pueden convertir en medios de pago generalmente aceptados en el tráfico económico en función del poder disciplinante que pueda ejercer su emisor en el mercado relevante.

Para el caso de los emisores públicos como los bancos centrales de los Estados, el poder para establecer una criptomoneda como medio de pago imperante equivalente al papel moneda se basa esencialmente en la capacidad de enforcement o coerción de la normativa que así lo mandate y en la habilidad de dichos emisores para mantener su función de condensación de valor patrimonial estable para sus tenedores. Concretamente, es especialmente importante que los bancos centrales eviten que la inflación destruya el valor patrimonial del dinero fiduciario pues esta última ha demostrado ser especialmente funesta para la que algunas divisas sean medios de

[14] Vid. https://www.amazon.com/dp/B0096E8EC2?language=es&_encoding=UTF8&ref_=topnav_storetab_zeroes

[15] Vid. Joshua S. Gans y Hanna Halaburda (2015), "Some Economics of Private Digital Currency", *Economic Analysis of the Digital Economy,* The University of Chicago Press, 2015.

[16] Diferente función parece tener el denominado proyecto Libra en el que también participa *Faceebok* y en el que parece combinarse la emisión de una criptomoneda privada garantizada con reservas de divisas nacionales como el dólar o el euro y la prestación de servicios de pago electrónicos. Vid. https://www.diem.com/en-us/white-paper/#an-open-and-competitive-network

[17] Vid. DIRECTIVA (UE) 2015/2366 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE.

[18] Vid. Artículo 3 letra k de la Directiva de Servicios de Pago.

[19] Cuestión distinta y que puede ser harto controvertida es la aplicabilidad de esta excepción a los empresarios que crean y gestionan plataformas de distribución con una red de proveedores pero que acaban acaparando tanto porcentaje de los mercados relevantes que acabarían convirtiéndose en administradores de mercados que complementan o sustituyen a los prexistentes. Esto es lo que se ha sugerido para los casos de Amazon o Facebook.

pagos aceptados, tal y como ha demostrado nuestra historia reciente[20][21]. En definitiva, ante la falta de estabilidad del valor patrimonial del dinero fiduciario, a pesar de que exista un mandato legal que establezca su condición de moneda (digital) de curso legal los operadores optarán por emplear otras divisas como medios de pago u optarán forzosamente por volver al trueque o permuta de bienes con valor intrínseco.

Ahora bien, las criptomonedas equivalentes al papel moneda por mandato de las autoridades públicas emisoras como el *yuan* digital chino o el *sand dollar* de Bahamas constituyen bienes públicos que pueden ser directamente aprovechados como medio de pago por los proveedores de servicios bancarios y de pagos en su labor de profesionales auxiliadores de los operadores económicos y/o los usuarios en el cumplimiento de obligaciones de naturaleza dineraria. Ahora bien, en este último caso, estas criptomonedas evidentemente no incorporarán necesariamente en su régimen jurídico un derecho de reembolso o redención contra estos proveedores de servicios de pagos.

Los proveedores de servicios de pago también pueden utilizar su poder de mercado para conseguir que el dinero electrónico que emiten tenga *de facto* la consideración de medio de pago generalmente aceptado. Para esto es indispensable que estos proveedores ejerzan su poder de mercado de tal manera que los operadores económicos y los usuarios presentes en el mercado relevante otorguen equivalencia funcional a las criptomonedas respecto del dinero fiduciario.

En nuestra opinión, existen tres elementos esenciales cuya concurrencia facilita la consecución de esta equivalencia funcional. En primer lugar, la percepción por los usuarios de los servicios de pago de que el valor de la moneda electrónica y la moneda de curso legal es equiparable, circunstancia a la que coadyuvaría que el dinero electrónico emitido se denomine en la misma divisa que la moneda de curso legal[22]. En segundo lugar, la creación, expansión y mantenimiento de una red o de economía de escala de usuarios de los servicios de pago que promuevan los emisores o terceros vinculados a los mismos. En tercer lugar, los emisores de moneda electrónica deben dominar el mercado de servicios dirigidos a la red de usuarios. Este dominio del mercado puede traer causa de diversas circunstancias que pueden darse de manera alternativa o conjunta. Entre estas circunstancias destacan: i) el establecimiento de la criptomoneda emitida como el medio de pago estándar o patrón de referencia del mercado relevante conseguido por un emisor de manera individual, ii) la cooperación con otros emisores para establecer un sistema de pagos con criptomonedas que, aunque formalmente emitidas por sus distintos miembros, sean percibidas como plenamente intercambiables o sustituibles por los usuarios y faciliten la ejecución de los servicios de pagos en la red promovida y sostenida por los diferentes emisores

[20] Por ejemplo, el bolívar venezolano está actualmente muy devaluado debido a la hiperinflación que golpea a Venezuela en los últimos años. Según el FMI la inflación de los precios ha alcanzado el 5.500% solamente en el año 2021. https://www.imf.org/en/Countries/VEN

[21] El peso argentino o el peso cubano son otros ejemplos actuales de incapacidad del estado emisor de conseguir que, de manera efectiva, su divisa sea un medio de pago generalmente aceptado. Vid. Nicolás CACHANOSKY y Adrián O. RAVIER (2014), "Una Propuesta De Reforma Monetaria Para Argentina: Dolarización Flexible Y Banca Libre (A Proposal of Monetary Reform for Argentina: Flexible Dollarization and Free Banking)", SSRN, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2392667).

[22] O alternativamente la existencia de mecanismos que faciliten la comparación de valor entre la moneda electrónica y la moneda de curso legal y su conversión.

participantes del sistema[23] y iii) la interoperabilidad tecnológica de las monedas emitidas en el caso de que, en el mercado en cuestión, exista división entre el emisor o emisores de la criptomoneda y los proveedores de servicios de pago.

5. El dominio de las criptomonedas bancarias en nuestro país

En nuestro país, el mercado de los servicios de pago ha girado en torno a circunstancias como la amplia bancarización de la población, la cooperación de las principales entidades del mercado en la creación y administración de sistemas de pagos electrónicos seguros basados en el intercambio de operaciones de pago y la compensación multilateral de créditos entre sus participantes[24]. Estos sistemas se basan en una administración común y centralizada[25].

Estas circunstancias explican porque el dinero originariamente escriturario y ahora digital emitido por las entidades bancarias ha alcanzado esa equivalencia funcional con el dinero de curso legal como medio de pago generalmente aceptado en el tráfico. Así, es sumamente habitual que el acreedor de obligaciones dinerarias acepte el dinero electrónico emitido por estos profesionales bancarios como especie de la obligación bien por convención expresa bien por actos propios concluyentes o por uso del comercio inveterado[26]. Hasta la propia administración tributaria reconoce al dinero bancario el carácter de medio de pago aceptado para el pago de deudas tributarias[27].

En nuestra opinión, esta extensión en su uso como medio de pago permite defender la existencia de un uso del comercio por el cual el dinero electrónico bancario se presume como una especie plenamente equivalente al dinero de curso legal en las obligaciones dinerarias. Es decir, de no acordarse o de no deducirse lo contrario de los actos de las partes, las criptomonedas bancarias serán una especie válida para dar cumplimiento a las obligaciones dinerarias[28] y el acreedor no podrá rechazar su entrega por parte del deudor[29] como si se tratase de una especie diferente al dinero fiduciario. En definitiva, cabe presumir que las criptomonedas bancarias no representan un *aliud pro alio* respecto al dinero de curso legal.

Esta consideración y aceptación por los operadores económicos del dinero digital o criptomoneda bancaria está íntimamente ligada con las condiciones en las que se produce su emisión. La emisión del dinero digital bancario es un efecto derivado de algunos de los negocios jurídicos que

---

[23] Así, por ejemplo, en nuestro mercado nacional, el dinero escriturario o electrónico emitido por las entidades bancarias es percibido por los usuarios de los servicios de pago como una categoría única y un medio de pago indistinto, con independencia de la concreta entidad bancaria emisora.

[24] En nuestro país, destacan el Sistema Nacional de Compensación Electrónica (SNCE) o el sistema de pagos instantáneos comercialmente conocido como Bizum.

[25] De hecho, los integrantes de estos sistemas de pagos encomiendan a sociedades específicas y conjuntas el fin común del desarrollo, explotación y administración de dichos sistemas. En España, destacan la Sociedad Española de Sistemas de Pago, S.A. (IBERPAY) y la Sociedad de Procedimientos de Pago, S.L.

[26] De hecho, según los datos del último estudio sobre medios de pagos del Banco Central Europeo, en nuestro país, el dinero de curso legal continúa siendo mayoritario solamente en las operaciones realizadas en los puntos de venta físicos y en los pagos entre individuos como medio de pago. Vid. https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.spacereport202012~bb2038bbb6.en.pdf?05ce2c97d994fbcf1c93213ca04347dd

[27] Vid. Artículo 34 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación.

[28] Vid. Artículo 1170.

[29] Vid. Artículo 1166.

los usuarios bancarios concluyen con estas entidades y consiste esencialmente en el reconocimiento al cliente de un crédito dinerario contra la entidad, de exigibilidad inmediata y, por tanto, con aptitud para ser utilizado como medio de pago a favor de cualquier tercero que así lo acepte como tal[30]. Lo más habitual es que la emisión de la criptomoneda bancaria venga motivada por créditos favorables al cliente reflejados en un contrato de cuenta corriente, el cual, a su vez, suele ser el marco contractual en virtud del cual la entidad o un tercero vinculado a la misma le presta servicios de caja o de pago al cliente con el uso de su moneda digital. El origen de estos créditos que se incorporan a la cuenta corriente bancaria puede ser diverso (concesión de crédito por la entidad, pagos o ingresos realizados por terceros, créditos del cliente contra el banco en virtud de un contrato de depósito dinerario).

Para los operadores económicos uno de los mayores atractivos de la moneda digital bancaria está en su fácil y rápida convertibilidad en dinero de curso legal y en la idéntica agilidad con la que este último es convertible en criptomoneda. Esta convertibilidad y, por extensión, la equivalencia funcional entre dinero de curso legal y criptomoneda bancaria se ve favorecida por dos circunstancias: ambas están denominadas en divisa euro[31] y la conversión de moneda de curso legal y criptomoneda se realiza a la par o en relación de uno a uno.

Además, llegado el caso, el usuario puede exigir a la entidad bancaria la inmediata satisfacción del crédito que tiene contra la misma incorporado en la divisa digital emitida exigiéndole la entrega de dinero de curso legal. Paradójicamente el riesgo crediticio que padece el usuario de criptomonedas bancarias por este crédito de reembolso o redención es considerable pues las entidades de crédito son compañías con un alto grado de apalancamiento (concentración de deudas en relación con recursos propios) y, a su vez, de los más controlados del mercado. Y es que todo el entramado institucional de supervisión bancaria tiene por objetivo último mantener una solvencia adecuada de los bancos o lo que es lo mismo procurar bien la no ocurrencia del daño derivado de la materialización del riesgo que implicaría el incumplimiento de sus obligaciones dinerarias bien la mitigación del mencionado daño. Piénsese, por ejemplo, en los requisitos de adecuada capitalización de este tipo de entidades, los mecanismos colectivos de garantía de cumplimiento como el Fondo de Garantía de Depósitos[32] y los mecanismos de resolución o procedimientos de tratamiento especial de la insolvencia de una entidad bancaria.

En todo caso, conviene tener en cuenta que, estos mecanismos de reducción del riesgo crediticio asociado a las criptomonedas bancarias suponen un coste. Este último y los costes asociados al mantenimiento y administración de los sistemas de intercambio y compensación de operaciones entre emisores bancarios condicionan el precio de los servicios de pagos basados en criptomonedas bancarias pues este último incorporará todos estos costes inherentes a la emisión y utilización de estas como medio de pago.

[30] Esta configuración permite que el acreedor beneficiario del pago se pueda convertir en tenedor de la criptomoneda y, por tanto, cesionario del crédito contra el emisor que esta incorpora.
[31] Vid. Artículo 15 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.
[32] Vid. https://www.fgd.es/es/index.html

6. Los nuevos emisores de criptomonedas en el mercado de los servicios de pago

En los últimos años el mercado de servicios de pago basados en criptomonedas se ha caracterizado por la entrada de nuevos proveedores que compiten con los emisores bancarios.

Estos nuevos proveedores se pueden dividir en tres grandes grupos en función de la estrategia que emplean para competir con los proveedores ya establecidos.

En un primer gran grupo se encuentran aquellos emisores de criptomonedas que intentan competir en precio mediante la emisión de sus propias criptomonedas y la prestación de servicios de pago basados en estas últimas. No obstante, para extender sus servicios a usuarios incluidos en la red de usuarios bancaria, estos prestadores pueden requerir la conversión de sus criptomonedas en dinero electrónico bancario bien de manera directa o bien previa conversión en dinero de curso legal.

En un segundo grupo se encuentran aquellos proveedores de servicios de pago que no emitiendo sus propias criptomonedas se dedican a auxiliar en la ejecución de los servicios de pago en los que se emplean las monedas digitales previamente emitidas por bancos. Es decir, en este segundo grupo de proveedores estarían los proveedores que, en sentido general, sustituyen a los emisores bancarios en su función de prestadores del servicio de caja inherente a las cuentas corrientes bancarias. De esta manera se desgaja el servicio de emisión de la criptomoneda bancaria de los subsiguientes servicios de pago prestados en los que la misma es empleada como instrumento solutorio.

Lo que caracteriza a la oferta de estos dos grupos de nuevos proveedores es su vinculación con las criptomonedas bancarias y, por tanto, su intención de competir en el mercado de los servicios de pago con estos emisores bancarios.

En un tercer grupo de proveedores se encuentran otros emisores cuya intención es pugnar por el mercado de las monedas digitales. Este tipo de emisores pretende sustituir las criptomonedas bancarias por sus propias criptomonedas y cambiar así la propia estructura de los mercados de servicios de pagos. Este tipo de emisores pretenden liquidar el paradigma de las monedas digitales bancarias. Las criptomonedas de estos emisores, a diferencia de las bancarias, no están denominadas en divisas oficiales y tampoco se emiten a la par. Estos emisores emplean la tecnología de cadena de bloques (*blockchain)* para la representación digital, la realización de operaciones de pago basadas en sus criptomonedas y la implementación de sistemas de registro e intercambio de operaciones despersonalizados y *a priori* descentralizados.

El objetivo último de este tipo de emisores es superar y desplazar los servicios de pagos basados en criptomonedas bancarias. De ahí que consideremos que no compiten en el mercado sino por el mercado. O lo que es lo mismo, persiguen sustituir las monedas digitales bancarias y el propio concepto de la intermediación de los bancos como terceros de confianza de las partes que auxilian a los operadores con servicios de pago que facilitan el cumplimiento de obligaciones dinerarias.

Dentro de esta categoría de emisores empieza a distinguirse entre criptomonedas sin incorporar un derecho de reembolso o redención contra su emisor y aquellas que incorporan tal derecho. Dentro de estas últimas se encuentran la mayoría de lo que se conoce como stablecoin o divisas digitales garantizadas con activos subyacentes, los cuales varían en un amplía gama que va desde divisas oficiales, pasando por valores negociables y alcanzando hasta otras criptomonedas. Desde un punto de vista jurídico, lo que caracterizaría a estas criptomonedas es que su reembolso o redención al tenedor se basaría en el valor patrimonial de los activos subyacentes, los cuales estarían afectos en garantía o en pago del derecho a redimir que se le reconozca al tenedor.

Dentro de las criptomonedas que no reconocen un derecho de reembolso o redención se encuentran, por ejemplo, el *Bitcoin* o el *Ether*, las cuales basan su valor patrimonial en la existencia de mercados secundarios de compraventa de las mismas o, definitiva, en la diferente valoración y disposición a pagar que de las mismas tengan los operadores y usuarios.

En el caso de algunas de estas criptomonedas ni siquiera su emisión es imputable a un sujeto de derecho identificable[33]. Es decir, su tenedor ni siquiera cuenta con el patrimonio del emisor para resarcirse en caso de imposibilidad de uso de la moneda digital.

Además, según la información disponible sobre las mismas, su emisión originaria no responde a la tenencia de un crédito del usuario contra el emisor como sucede en las criptomonedas bancarias sino a la efectiva realización de una prestación a favor de la infraestructura tecnológica de cadena de bloques (*blockchain*) que permite tanto la emisión como la utilización de las criptomonedas como medio de pago[34]. Es decir, estas monedas digitales comparten con las criptomonedas bancarias el hecho de que, en su emisión originaria, el tenedor o un tercero a su favor realizan un desplazamiento patrimonial en forma de desembolso dinerario o de prestación patrimonialmente evaluable. Ahora bien, tras la emisión, ambas criptomonedas se diferencian en el hecho de que las bancarias se entregan a su tenedor para pago y en las que no incorporan un derecho de reembolso se entregan en pago. Así, cuando una moneda digital bancaria no aproveche a su tenedor como medio de pago de obligaciones dinerarias a favor de tercero éste siempre conserva la facultad de redención o reembolso en dinero de curso legal mientras que en este último tipo de nuevas criptomonedas, agotada su utilidad como instrumento de pago con terceros, su tenedor no tiene recurso alguno contra el emisor.

7. Mutación de las criptomonedas en criptoactivos de inversión/especulación: los riesgos para su función como instrumento de pago

Como hemos expuesto anteriormente, la implantación en el mercado de una criptomoneda o especie de criptomonedas como medio de pago generalmente aceptado tiene como presupuesto el éxito de un efecto red. Cuanto mayor sea el número de usuarios que aceptan una criptomoneda como especie del pago de obligaciones dinerarias más útil es la misma para todos en conjunto.

[33] Esta circunstancia plantea múltiples incógnitas que exceden del objeto de este trabajo como podrían ser los riesgos de apropiación de la gobernabilidad del sistema emisor, la eficiencia de este esquema de gobernación de un sistema de pagos o el grado y la variación de oferta monetaria a emitir. De hecho, algunos autores, han señalado que este tipo de estructuras aparentemente descentralizadas pueden llegar a ser explotadas por grupos dominantes en su propio y exclusivo beneficio. Vid. Eric POSNER (2018), "The cryptocurrency (and more broadly blockchain) governance conundrum", EricPosner.com, (https://ericposner.com/).

[34] https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_es.pdf

En sentido contrario, en ausencia de una masa crítica de usuarios de una determinada moneda digital, la misma no conseguirá nunca convertirse en un medio funcionalmente equivalente al dinero de curso legal y consiguientemente perderá su valor como especie en las obligaciones dinerarias.

Actualmente las criptomonedas no bancarias tienen una aceptación muy limitada entre los operadores económicos. No obstante ello no ha sido impedimento para la existencia de mercados secundarios[35] en los que estas monedas digitales se compran y se venden con dinero fiduciario, llegando a alcanzar elevados precios de cotización. El florecimiento de este tipo de mercados es una evidencia de que algunas criptomonedas estarían siendo objeto de negocios jurídicos de inversión o, más precisamente, de especulación. Teniendo en cuenta los escasos niveles de aceptación como medio de pago de estas criptomonedas no bancarias no parece que lo que busquen los intervinientes en estos mercados sea el aprovisionamiento de un instrumento de pago con el que dar cumplimiento a sus obligaciones dinerarias, lo cual, teniendo en cuenta los precios que llegan a alcanzar estas criptomonedas en esos mercados tampoco sería una pauta de actuación muy racional[36].

En nuestra opinión, la compraventa de criptomonedas no bancarias en estos mercados secundarios no deja de ser una apuesta[37] relativa a la mayor o menor probabilidad de una eventual hegemonía[38] de este tipo de monedas digitales como medio de pago generalmente empleado en el tráfico. Y es que, el mayor valor intrínseco de estas nuevas criptomonedas depende en gran medida de su capacidad de, al menos, expulsar o sustituir a las criptomonedas bancarias en el mercado de servicios de pago bancario como equivalente funcional del dinero de curso legal emitido por los bancos centrales. Todo ello, claro está, sobre la base de que los mecanismos teóricamente descentralizados de gobierno de la emisión y administración de estas divisas digitales eviten su explotación por grupos de individuos dominantes que pudiesen apropiarse del sistema y pudiesen explotarlo indebidamente en beneficio propio recurriendo incluso a estratagemas como las fraudulentas estructuras piramidales[39].

Por lo demás, estos mercados secundarios de compraventa de criptomonedas se caracterizan por la intervención de terceros que crean y administran el mercado y actúan por cuenta de los usuarios que llevan a cabo transacciones en los mismos. Esta circunstancia resulta ser especialmente paradójica puesto que uno de los reclamos que propugnan los emisores de estas criptomonedas es la teórica desaparición de los intermediarios que actúan como terceros de

---

[35] En nuestra opinión y a diferencia de lo que sucede con este tipo de criptomonedas, no hay un mercado secundario de monedas digitales bancarias porque a pesar de ser homogéneas y estandarizadas, el usuario o inversor apenas tiene costes para acudir al mercado primario de emisión puesto que le basta con cancelar las relaciones que mantiene con un emisor bancario y acudir a otro.

[36] Vid. Emiliano PAGNOTTA (2020), "Decentralizing Money: Bitcoin Prices and Blockchain Security" *Review of Financial Studies*, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3264448).

[37] Al fin y al cabo, las operaciones en estos mercados son asimilables a los negocios jurídicos que tienen las divisas por objeto (*forex*) entre operadores que no busquen dar cobertura a un riesgo de cambio.

[38] Los mayores reclamos empleados por las asociaciones descentralizadas (*rectius*: despersonalizadas) que promueven este tipo de criptomonedas es su desconexión con los poderes públicos, su carácter global, la mayor seguridad y eficiencia de tecnología *ledger* o cadena de bloques empleada para la emisión y administración de estas monedas como instrumentos de pago y, por tanto, el menor coste para los usuarios que el que tienen las criptomonedas bancarias. El grado de verosimilitud de estas afirmaciones es controvertido y excede del objeto de este trabajo.

[39] Vid. Eric POSNER (2018), "The cryptocurrency (and more broadly blockchain) governance conundrum", cit.

confianza en las operaciones de pago que emplean el dinero electrónico bancario como especie solutoria.

La existencia de estos mercados secundarios implica para estas criptomonedas y sus emisores ventajas como la liquidez que puede otorgar a las mismas, lo que puede ser un atractivo para sus usuarios. No obstante, los mercados también generan riesgos como son su cierre y consiguiente falta de liquidez de las criptomonedas negociadas, la presencia de intermediarios pícaros, estafadores piramidales[40], o practicantes del *pump and dump*[41] o, incluso, el apalancamiento financiero de las inversiones en este tipo de activos. En todo caso, conviene recordar que la asimetría informativa que pueden tener los usuarios e inversores respecto de los individuos o grupos de individuos que dominen los sistemas aparentemente descentralizados o despersonalizados de emisión podrían exacerbar la probabilidad de estos riesgos y la magnitud del daño patrimonial que generan.

Estos riesgos asociados a los mercados de negociación secundaria de estas criptomonedas pueden socavar su intento de implantarse como medio de pago generalmente aceptado puesto que una de las características que motiva su utilización es la estabilidad del valor patrimonial que estos condensan. Al respecto, conviene no olvidar que este tipo de monedas digitales no incorpora un crédito contra sus emisores lo que, en un evento de cierre de mercado secundario, dejaría cautivos a sus tenedores.

Lo que acabamos de exponer debería tener implicaciones en la práctica y en la aproximación de los supervisores de estos mercados de negociación. Y es que cuando la actividad de emisión de criptomonedas se realiza con el intencionado propósito o sabiendas de que el resultado indefectible su emisión es que estas se conviertan en activos negociables en vez de en medios de pago convendría garantizar la aplicación régimen jurídico aplicable a la emisión de valores negociables y no al de la emisión de las monedas digitales empleadas en servicios de pago. En este sentido, resulta sumamente revelador como las sedes electrónicas de algunos emisores de criptomonedas indexan y promueven activamente la actividad de los mercados negociables, sin que ofrezcan información detallada sobre el alcance y la evolución del tamaño de la red de operadores en la que sus monedas digitales son aceptadas como instrumento de pago equivalente al dinero fiduciario.

[40] Por ejemplo, en nuestro país, el Juzgado de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional acaba de aceptar la investigación de la causa por presunta estafa piramidal en inversión en criptomonedas a través de la empresa Arbistar 2.0. S.L. Vid. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Juzgado-Central-de-Instruccion-4-investigara-la-mayor-estafa-piramidal-de-inversion-con-criptomonedas

[41] Práctica fraudulenta consistente en incitar a los inversores a la compra de un activo que se posee para incrementar su valor de venta en el mercado en que se negocia y proceder a su posterior venta una vez los inversores incitados han comprado.

8. Régimen jurídico aplicable a la emisión de las criptomonedas

En la Unión Europea y en nuestro país, la emisión de dinero electrónico o criptomonedas se caracteriza por ser una actividad reservada y sometida, con carácter general, a autorización[42] por los supervisores bancarios. La Directiva de Dinero Electrónico[43] y la Ley de Dinero Electrónico[44] constituyen el marco normativo de referencia.

Este marco de referencia se caracteriza tanto por la reserva de la actividad de emisión para determinados tipos de entidades adecuadamente capitalizadas como por el establecimiento de un concepto de dinero electrónico o criptomonedas restrictivo y tuitivo de los intereses de su tenedor. Solamente tendrá la consideración de dinero electrónico aquel activo digital con valor monetario que implique un crédito contra su emisor y cuya emisión responde a la entrega previa de fondos (*rectius*: dinero de curso legal o equivalentes funcionales) con la finalidad de realizar operaciones de pago en la que terceros distintos del emisor lo acepten como especie de pago[45]. En resumidas cuentas, el dinero electrónico o las criptomonedas empleables en la Unión Europea deben ser instrumentos para pago en los que su tenedor conserve en último término un derecho de reembolso y redención contra su emisor.

Además, se refuerza la garantía del cumplimiento de este derecho de redención de las criptomonedas imponiendo a sus emisores el deber de salvaguardar los fondos o dinero previamente entregados por el tenedor para la emisión con mecanismos como la imposición de un deber de inversión en activos seguros[46] o el deber de separación de estos fondos respecto de los fondos propios del emisor[47], al estilo de lo previsto en la *Volcker Rule* de la *Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*[48].

Por tanto, la normativa de dinero electrónico aplicable en la UE y en nuestro país excluiría dar la consideración de criptomonedas o dinero electrónico a aquellas monedas digitales que no incorporasen un crédito de reembolso contra el emisor, el cual, por definición, debe estar identificado. Lo que acabamos de apuntar implicaría que la emisión y utilización de criptomonedas como *Bitcoin* o *Ether* como medios de pago en la Unión Europea no se estaría sometiendo al marco normativo de referencia ni tampoco ajustándose a estos requisitos prudenciales y de protección del usuario del dinero electrónico. Esta última circunstancia no es de extrañar puesto que uno de los propósitos declarados e intencionados de los emisores descentralizados o despersonalizados de estas criptomonedas es la superación de la supervisión de las autoridades públicas sobre los medios de pago y la absoluta desconexión o arbitraje respecto de las leyes aplicables tanto a la actividad de emisión de monedas digitales como a la prestación de servicios de pagos.

---

[42] Vid. Artículo 1 letra b de la Directiva de Dinero Electrónico.
[43] Vid. DIRECTIVA 2009/110/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 16 de septiembre de 2009 sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE.
[44] Vid. Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico.
[45] Vid. Artículo 2 de la Directiva de Dinero Electrónico.
[46] Vid. Artículo 7 de la Directiva de Dinero Electrónico.
[47] Vid. Considerando 11 de la Directiva de Dinero Electrónico.
[48] Vid. Section 619 de la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*. Disponible en https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/4173/text

Lo que acabamos de apuntar supone un reto a las autoridades de supervisión de estos instrumentos de pago en lo relativo a la aplicación o *enforcement* del marco de referencia comunitario puesto que la actividad de estos emisores se dirige a través de medios telemáticos como internet a todas las jurisdicciones de manera indiscriminada.

9. Conclusión

La aproximación que hemos planteado aquí sobre el fenómeno de las criptomonedas partiendo de una definición conceptual o dogmática de las mismas creemos que puede arrojar cierta luz y orientación sobre las continuas incógnitas y cuestiones jurídicas que suscitan estos instrumentos.

La continua evolución de las criptomonedas conlleva la aparición de nuevos fenómenos y nuevas cuestiones problemáticas que afrontar también desde el terreno del análisis jurídico. De hecho, en nuestra propia exposición sobre este fenómeno y su régimen aplicable hemos encontrado y revelado nuevas cuestiones problemáticas que auguramos que generarán un seguro interés de los operadores, las autoridades y la doctrina.

Ahora bien, esperamos que esta primera incursión en el hasta ahora incógnito mundo de las criptomonedas pueda servir como una modesta referencia para el presente y futuro estudio que seguramente tendrán estos instrumentos.

InDret

2.2021

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal

Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallès*

El caso de las carreras ilegales en Berlín (Berliner Raser-Fall). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán 4 StR 482/19, de 18 de junio de 2020, por Ingeborg PUPPE

La no disminución del riesgo en el caso "Madrid Arena": dogmática, casación y Constitución. Comentario a la STC 18/2021, de 15 de febrero, por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

Aborto en autoría mediata. Comentario a la STS 507/2019, de 25 de octubre, por Carolina BOLEA BARDON

La COVID-19 se cobra una nueva víctima en Italia: el derecho a la irretroactividad desfavorable de las normas penales. Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional italiana 278/2020, de 18 de noviembre, por Albert ESTRADA I CUADRAS

-

* La *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* publica comentarios de sentencias recientes, con especial interés en aquellas que abordan cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho penal, la teoría del delito y los conceptos comunes de la parte especial. Los autores interesados en publicar un comentario pueden ponerse en contacto con el coordinador de la sección en ramon.ragues@upf.edu.

InDret
2.2021

El caso de las carreras ilegales en Berlín (Berliner Raser-Fall)*

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán 4 StR 482/19, de 18 de junio de 2020[1]

Prof. Dr. Ingeborg Puppe
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
puppe@jura.uni-bonn.de

-

Nota introductoria del traductor

No es la primera vez que la Profesora Puppe publica un comentario sobre este resonante caso que, en resumidas cuentas, trata sobre una carrera ilegal de automóviles con consecuencias fatales, ocurrida en las calles de Berlín allí por 2016. La razón de este nuevo comentario se debe a que el caso ha sufrido varios reveses judiciales, en virtud de los cuales el BGH (Tribunal Supremo Federal alemán), dejando sin efecto las condenas de los participantes de la carrera, dispuso su devolución al tribunal de juicio para un nuevo conocimiento. Observará el lector que la autora omite abordar en profundidad los hechos tenidos por probados, y la razón de ello puede deducirse tanto de la notoriedad que tomó el caso en la opinión pública alemana, como de la existencia de un comentario previo en el que se aboca a exponer acabadamente dicha cuestión.[**] *El presente texto de Puppe se centra en el último de los fallos del BGH, dictado el 20 de junio de 2020. Y por cierto, no supone un comentario íntegro, sino un aporte sobre dos tópicos que la Profesora de Bonn considera relevantes. El primero de ellos radica en demostrar, al igual que en otros trabajos, que más allá de cualquier terminología utilizada, su doctrina del "peligro de dolo" es aquella materialmente aplicada en la jurisprudencia de dicho tribunal. En este punto, destaca Puppe que debe diferenciarse entre juicios (normativos) de atribución y juicios (empíricos) de verificación, y que sólo desde la perspectiva del primero puede decirse que los autores aprobaron el resultado ocurrido, se resignaron a él o les fue indiferente. En lo que atañe al segundo tópico, intenta demostrar Puppe, a diferencia de lo resuelto por el BGH, que la forma de intervención de ambos competidores es la de la coautoría y que, por tanto, el acusado N, que no es quien produjo materialmente el accidente fatal, debe ser responsabilizado por la muerte ocurrida en igual medida que lo fue H.*

---

* Texto original publicado en *ZIS,* (12), 2020, pp. 584 ss. Traducción, nota introductoria y autor de contacto: Mauro Roccasalvo, mauro.roccasalvo@upf.edu (Investigador predoctoral de la Universidad Pompeu Fabra). Agradezco a la Profesora Puppe por confiarme la traducción del presente comentario, a la Profesora Pastor Muñoz por sus valiosas sugerencias y finalmente al Profesor Ragués por aceptar la traducción en esta sección.

[1] Publicado en BGH, *NJW,* 2020, pp. 2900 ss; *NStZ*, 2020, pp. 602 ss.; *BeckRS*, 2020, 15647. Accesible online en la siguiente dirección: http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=107968&pos=0&anz=1 (3.12.2020).

[**] Al respecto, PUPPE, *ZIS*, (7-8), 2017, pp. 439 ss. [N. del T.].

A modo de ayuda en la lectura, esta nota introductoria no puede finalizar sin aportar al público de nuestra lengua un breve resumen de los hechos que el tribunal de juicio tuvo por probados y que llegaron a conocimiento del BGH.

Conforme surge de la sentencia del LG (Tribunal Estadual), el 01 de febrero de 2016, alrededor de las 0.30 hs., los acusados H y N transitaban con sus automóviles por la Kurfürstendamm de Berlín cuando acordaron desafiarse a una carrera hasta el semáforo siguiente (modalidad de competición que habitualmente se denomina "jump-off" o "salto"). Transcurridos los dos primeros "saltos" ganados por N, decidieron participar de una carrera más extensa, de aproximadamente 1,6 km de longitud. Al iniciarse la misma, el acusado N tomó la delantera, posición que mantuvo en la curva que supone la transición de la calle Kurfürstendamm a Tauentzienstraße. Ambos ingresaron a esta última vía infringiendo la luz roja que les prohibía el paso. Tras salir de la curva, tanto H como N advirtieron que el semáforo del cruce de la Tauentzienstraße con la Nürnberger Straße, ubicado unos 250 metros por delante y que luego fuera el escenario de la colisión, se encontraba con luz roja.

Siguiendo con los hechos probados, el acusado H, sabiendo que para ganar la carrera debía conducir a una velocidad máxima y aumentar el riesgo, en lugar de frenar (lo cual le era todavía posible), decidió atravesar dicha intersección con luz roja. Al hacerlo -según expone el fallo- H fue consciente de la posibilidad de tráfico trasversal, de la confianza puesta por los conductores de la Nürnberger Straße en el semáforo que habilitaba su circulación, y finalmente de que en caso de realizar el cruce ya no tendría margen de reacción para evitar una colisión. A su vez, tuvo en cuenta la posibilidad de que los ocupantes de dichos vehículos falleciesen debido al impacto a gran velocidad. No obstante -conforme se indica- estas consecuencias fueron aceptadas por el autor con el único objeto de ganar la carrera y lograr la satisfacción de la victoria. Agrega el fallo que H fue igualmente consciente de la posible afectación a los peatones ubicados en la acera, los cuales podrían resultar atropellados. A tal consecuencia –entendió el tribunal de juicio- también se resignó. Por otro lado, según el LG, H no contó con una colisión con el automóvil de N, y eventualmente, dado el moderno equipamiento de seguridad de los automóviles que participaban de la carrera, sólo previó lesiones leves para sí, para N y para K -compañera de viaje este último-.

Por su parte, N, advirtiendo la voluntad de su contrincante de ganar la carrera, también aceleró a fondo después de superada la curva. No obstante, unos 90 metros antes del lugar del accidente, conduciendo en ese momento a una velocidad de unos 132 km/h, levantó brevemente el pie del acelerador al reconocer el peligro inminente de colisión con el tráfico transversal. A pesar de ello, viendo que H lo estaba alcanzando, decidió no frenar y continuar la carrera acelerando, aun a costa de las lesiones mortales que pudiesen sufrir los ocupantes de los vehículos que cruzaban su calle. Tanto H como N ingresaron casi simultáneamente a la intersección, mientras el semáforo emitía luz roja.

En dicho cruce, el vehículo de H colisionó -sin previo frenado y a una velocidad de entre 160 y 170 km/h- casi en ángulo recto con el vehículo del damnificado W, que había entrado a la intersección desde la Nürnberger Straße con semáforo habilitante. Como consecuencia del impacto, el coche del accidentado salió despedido por los aires y quedó completamente destrozado. W sufrió lesiones muy graves y murió en el lugar del accidente. Por su parte, el vehículo de H se desvió hacia la izquierda y colisionó con el de N antes de estrellarse contra un vallado a 140 km/h. El vehículo de N impactó un semáforo de peatones a una velocidad de entre 139 y 149 km/h e inmediatamente colisionó con el vallado, catapultándose varios metros por el aire. La pasajera K, acompañante de N, resultó considerablemente herida.

Con respecto a la muerte de W, el LG condenó a los acusados como coautores de asesinato (§ 211, ap. 2, StGB), encontrando satisfechos los presupuestos de alevosía, motivos bajos y utilización de un medio generador de un peligro común. Además, condenó a ambos, también como coautores, por el delito de lesiones corporales a través de la utilización de un medio peligroso (§ 224, ap. 1.4, StGB) en perjuicio de la pasajera K, y por la puesta en peligro dolosa del tráfico vial (§ 315c., ap. 1.2.a y d, StGB).

Mediante estas breves palabras, espero haber introducido al lector en los pormenores del caso y las problemáticas tratadas en el comentario que se presenta a continuación.

Mauro Roccasalvo

1. Los hechos

Mediante sentencia del 27 de febrero de 2017 el LG condenó a ambos acusados a cadena perpetua por el delito de asesinato, en concurso ideal con lesiones corporales utilizando un medio peligroso y puesta en peligro dolosa del tráfico rodado. Por otro lado, les quitó su habilitación para conducir, confiscó sus licencias y ordenó a la autoridad administrativa no expedirles una nueva habilitación de por vida. No obstante, en respuesta a sus recursos de casación, la Sala Penal del BGH, en su sentencia del 1 de marzo de 2018 (BGHSt 63, 88; *NJW*, 2018, pp. 1621 ss.), revocó el fallo y devolvió el caso al LG a efectos de un nuevo juzgamiento y decisión a través de otra Sala integrada por Jurados. En el marco del segundo proceso, el LG de Berlín, mediante su sentencia del 26 de marzo de 2019 (251 Js 52/16 532 Ks 9/18), volvió a condenar a los acusados a cadena perpetua por asesinato, en concurso ideal con lesiones corporales utilizando un medio peligroso y puesta en peligro dolosa del tráfico rodado. También les revocó el permiso de conducir, les confiscó sus licencias y ordenó a la autoridad administrativa que no les expidiera un nuevo permiso durante un periodo de cinco años. Los acusados recurrieron nuevamente esta declaración de culpabilidad, alegando una infracción al derecho sustantivo.

Con motivo del recurso de casación interpuesto por el acusado N, el BGH volvió a revocar la sentencia dictada a su respecto y, de este modo, todas aquellas conclusiones inherentes a ella. Así las cosas, el caso fue enviado a otra Sala de Jurados del LG. Por contraposición, la casación del acusado H fue rechazada, aunque cabe destacar la particularidad de que su declaración de culpabilidad resultó modificada, hallándoselo responsable del delito de asesinato en concurso ideal con puesta en peligro dolosa del tráfico rodado y lesiones corporales imprudentes.

2. Sobre la confirmación de la condena del acusado H por un delito de homicidio* doloso

Tiene razón el BGH al desestimar por infundado el alegato del acusado de no haber actuado dolosamente debido a que confiaba en sus habilidades de conducción. Una persona que atraviesa trece cruces con semáforos en rojo y otros siete sin semáforos a una velocidad de 160 km/h, no puede evitar un accidente ni con la mayor habilidad de conducción. Un sujeto como tal, no confía en sus habilidades, sino, como mucho, en su suerte.

* Al igual que en el punto 3, la autora emplea el término "Tötungsdelikt" para referirse a la situación delictiva en sentido genérico, más allá de que la condena haya recaído por asesinato (Mord) y no por un simple homicidio doloso (Totschlag) [N. del T.].

El Tribunal tomó muy en serio la cuestión de si la autopuesta en peligro del acusado podía excluir la producción dolosa de un accidente con consecuencias fatales para otro participante del tránsito. En este contexto, cabe destacar que el BGH -a diferencia de lo ocurrido en la primera sentencia de casación-[2] ahora acepta el argumento de que el acusado se sentía seguro en su vehículo deportivo equipado con moderna tecnología de seguridad. De este modo, su anterior tesis, que rezaba que para decidir la cuestión de si una autopuesta en peligro consciente excluye el dolo lo único importante es el proceso causal efectivamente ocurrido -es decir, la real existencia de una autopuesta en peligro asociada a aquél-, ya no resulta justificada.

Pero todas estas consideraciones son prescindibles para la resolución del caso. Pues el hecho presenta una particularidad de la que se desprende que el acusado no aprobó la producción del resultado. A decir verdad, se trata de una reedición del caso de la galería de tiro de LACMANN.[3] Como subraya la propia sentencia, el motivo excluyente por el que el autor provocó un alto grado de peligro para los demás intervinientes en el tráfico fue su empeño por ganar la carrera. Y este objetivo sólo podía ser alcanzado en caso de no ocurrir ningún accidente antes de la llegada a la meta. De otro modo, la carrera habría de terminar prematuramente sin un vencedor. Por tanto, el autor no pudo -siquiera en el sencillo sentido psicológico- haber aprobado la producción del resultado, resignarse a él o bien tolerarlo con indiferencia.[4]

Dice además en la sentencia: "Conforme la valoración del LG, el acusado era consciente de que, para tener chances de ganar la carrera a pesar de su retraso y la menor potencia del motor de su vehículo, debía incrementar al extremo el riesgo para sí y para los otros intervinientes en el tráfico. Así, en aras al objetivo buscado, el acusado tuvo que resignarse a este riesgo máximo" (párrafo 43). Según la "valoración del LG" aceptada por el BGH, lo que el acusado asumió no fue la realización del resultado, sino el alto grado de peligro de su realización. Y esto, claro está, es algo muy diferente.

Todo aquel que actúa con imprudencia consciente no sólo causa con dolo eventual aquel peligro efectivamente reconocido, sino a sabiendas, es decir, con dolo directo de segundo grado. Por tanto, con respecto a este peligro ya no se plantea la cuestión de si lo ha aprobado, se ha resignado a él o lo ha tolerado con indiferencia. La única pregunta que queda en pie es qué grado de peligro fue reconocido por el autor. El BGH subraya en varias oportunidades que el acusado actuó a sabiendas del alto grado de riesgo para los demás intervinientes en el tráfico. En cuanto a sus consecuencias estoy totalmente de acuerdo con esta valoración realizada, pues no supone otra cosa que la aplicación de la doctrina del peligro de dolo.[5]

El reconocimiento de un alto grado de peligro puede introducirse como sucedáneo de la voluntad o incluso como elemento de la misma sólo si se entienden los términos "aprobar el resultado", "tolerarlo con indiferencia", o "resignarse a su realización" no como circunstancias psíquicas a constatar sino como juicios atributivos, es decir, como valoraciones. Así es como estos términos

[2] BGH, *NStZ,* 2018, pp. 409 ss., nm. 23 s. [N. del T.: por un error material, en el original se plasma la p. 404].

[3] LACMANN, *GA,* (58), 1911, pp. 109 ss. (p. 119); EL MISMO, *ZStW,* (31), 1911, pp. 142 ss. (p. 159).

[4] PUPPE, *ZIS*, (7-8), 2017, p. 441; LA MISMA, *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 4ª ed., 2019, § 9 nm. 16 ss.

[5] GRÜNEWALD, *NJW,* 2020, pp. 2906 ss. (p. 2907).

empleados en la literatura son entendidos hoy en día, tanto por las teorías de la voluntad como por las teorías de la representación.[6]

Esto también vale para la opinión de SCHNEIDER, quien asumiendo el concepto complementario de aprobación, demanda para su refutación una confianza seria –no meramente vaga- en la no producción del resultado. Según el autor, esta confianza sólo puede ser aceptada si se encuentra "basada en la realidad de los hechos";[7] en caso contrario, bien puede tenérsela como una circunstancia psíquica pero nunca juzgársela como dotada de tal entidad. De ello se desprende entonces que este concepto complementario del aprobar o resignarse al resultado supone también un juicio atributivo y no, por tanto, la afirmación de una realidad fáctica.

Sin embargo, una atribución -sobre todo cuando es de carácter jurídico- debe realizarse conforme a reglas.[8] Por tanto, resulta indispensable distinguir de forma clara y precisa entre juicios atributivos y verificaciones de hechos. Esto es necesario por razones materiales: un juicio atributivo tiene un significado diferente a la verificación de un hecho.[9] Pero además, es necesario por razones procesales: conforme a cuáles reglas está permitido realizar un juicio atributivo es una cuestión de derecho[10] y tal tópico recae por completo en el ámbito de la revisión por vía de la casación; por el contrario, la comprobación de hechos está sujeta a la libre apreciación de la prueba por parte del tribunal de juicio y sólo es casable de forma limitada.

3. La revocación de la condena de N por coautoría en un delito de homicidio

El BGH revocó la condena de N como coautor de un delito de homicidio, argumentando que "la valoración de las pruebas no permite constatar la existencia de un plan de acción común dirigido a la muerte de un ser humano" (párrafo 14). Esta formulación es, como mínimo, engañosa. Si los coautores no actúan con intención, sino sólo con dolo directo o eventual, su plan de acción no está dirigido a la causación de un resultado típico, sino sólo a generar el peligro de que tal resultado se produzca.[11] Y conforme la doctrina dominante, si los autores actúan sólo con dolus eventualis, ni siquiera puede hablarse de un dolo en común. La razón de ello sería la siguiente: si el dolus eventualis consiste en un estado subjetivo del autor, se lo denomine aprobación o resignación al resultado, entonces el dolo no puede en absoluto ser común a los autores, sino relativo a cada cual. Sólo si el dolo es entendido como un juicio atributivo sobre la representación común del peligro por parte de los autores, puede entonces hablarse de un dolo común a todos ellos.

---

[6] Véase al respecto, ROXIN, en ROGALL/PUPPE/STEIN/WOLTER (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, p. 243 ss. (pp. 246 s.); SCHÜNEMANN, en WEIGEND/KÜPPER (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, 1999, pp. 363 ss. (pp. 367 s.); RISSING-VAN SAAN/ZIMMERMANN, en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. 7/1, 12ª ed., 2019, § 211 nm. 31; GRÜNEWALD, *JZ*, 2017, pp. 1069 ss. (p. 1070); HÖRNLE, *NJW*, 2018, pp. 1576 ss. (p. 1577); PUPPE, *ZIS,* (9-2), 2014, pp. 66 ss. (p. 68).

[7] SCHNEIDER, en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 4, 3ª ed., 2017, § 212 nm. 18 ss.

[8] PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 4ª ed., 2019, pp. 50 ss.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 5ª ed., 2020, § 12 nm. 30.

[9] PUPPE (ver nota 4), § 9 nm. 7.

[10] PUPPE (ver nota 4), § 9 nm. 7; LA MISMA (ver nota 8), p. 54.

[11] GRÜNEWALD, *NJW*, 2020, pp. 2906 ss. (p. 2907).

La representación del peligro común a los autores consistía en la ejecución planificada de una carrera a lo largo de 1,6 km, a velocidades de hasta 160 o 170 km/h., atravesando trece cruces con semáforos y siete sin semáforos, y sin tener en cuenta el tráfico transversal aun cuando tuviesen preferencia de paso. Con arreglo a este plan de acción, sólo dependía del azar que uno u otro, o incluso ninguno de ellos, embistiese a un vehículo que cruzase su vía. En cierto modo, esto recuerda al caso -habitualmente usado en la cátedra- de los dos autores que individualmente se encuentran al acecho en uno de los senderos por los que la víctima debe pasar. Sin embargo, en dicho ejemplo la posibilidad de una coautoría resulta discutible porque no existe una acción conjunta en la fase de ejecución. Nuestro caso es diferente: cada participante de la carrera anima al otro a una conducción veloz y desconsiderada. Esta influencia psicológica sobre el otro es especialmente intensa, ya que no sólo consiste en incitar su ambición "deportiva", sino también en activar sus primitivos instintos de huida y persecución. Tal es la razón por la que este tipo de carreras está prohibida y por la que aquel participante que no ha colisionado con otro usuario de la vía pública es corresponsable de los daños.[12] Este influjo sobre el otro conductor también pertenece a la fase de ejecución del plan delictivo, la cual tiene lugar con el inicio de la carrera.

Sin embargo, al igual que el LG, el BGH considera que la resolución conjunta de cometer el hecho no se ha tomado sino hasta el momento en que N, 90 metros antes de llegar al cruce del accidente, redujo momentáneamente su velocidad a fin de determinar si H estaba dispuesto a interrumpir la carrera. Y partiendo de esa base, afirma luego que la coautoría de N sería dependiente de la circunstancia de que H, en dicho preciso momento, aún tuviese la posibilidad de evitar el accidente fatal (párrafo 18).[*] Ahora bien, si esto fuese correcto, entonces debería decirse que N tampoco podría ser responsabilizado por la co-causación imprudente del mismo.

En el momento en que N reduce brevemente su velocidad para comprobar si H estaba dispuesto a continuar la carrera acordada, podemos advertir a lo sumo una reducción del plan común inicial y no, como también entendió el LG, una ampliación del mismo. El destino pactado era el Kaufhaus des Westens, que se encuentra situado detrás del lugar del cruce fatal. Ambos autores ya habían ingresado en el estadio de ejecución del plan en el momento en que iniciaron la carrera de 1,6 km de extensión, luego de participar de dos carreras previas más cortas, de semáforo a semáforo. En vista de la forma de conducción acordada, corresponde entonces afirmar, por un lado, que sólo dependía del azar que H, N o ninguno de ellos causase un accidente mortal en alguna intersección, y por el otro, que durante la fase de ejecución N también contribuyó de forma causal al accidente producido por H.

Finalmente, en lo que respecta al dolo de matar, no cabe atribuir a N nada distinto que a H. Si los siguientes términos son tomados en su sencillo sentido psicológico, la causación del accidente por parte de H no pudo ser consentida ni objeto de resignación por N. Y ello es así porque la ocurrencia de tal resultado era incompatible con el objetivo que motivara su acción. O en otras palabras, porque la provocación del accidente por parte de H impedía a N ganar la carrera. En

[12] PUPPE, *JR*, 2012, pp. 164 ss. (p. 165); además OLG Celle, *NZV*, 2012, pp. 345 ss. (p. 347).

[*] Esta conclusión se explica por el razonamiento que el BGH expone en el párrafo precedente (nro. 17): remitiendo a jurisprudencia previa (BGH, 07.01.1984 – 1 StR 385/84; *NStZ*, 1984, p. 548 s.), indica el tribunal que si un interviniente que decide tomar parte del hecho no puede ya influir en la realización del resultado típico porque otro sujeto ha hecho previamente todo lo requerido para su producción, debe entonces descartarse una coautoría a pesar de que el primero actúe con conocimiento, aprobación o bien aprovechándose de la situación creada por aquél [N. del T.].

conclusión, sólo a través de reglas normativas puede atribuírsele una aprobación, resignación o indiferencia en relación al resultado.

InDret
2.2021

La no disminución del riesgo en el caso "Madrid Arena": dogmática, casación y Constitución

Comentario a la STC 18/2021, de 15 de febrero

Jesús-María Silva Sánchez
Universidad Pompeu Fabra
jesus.silva@upf.edu

-

1. Introducción

La sentencia del Tribunal Constitucional 18/2021, de 15 de febrero,[1] ha desestimado el recurso de amparo interpuesto por el demandante contra la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo 805/2017, de 11 de diciembre. A su vez esta, en lo que aquí interesa, había casado la sentencia absolutoria de la sección séptima de la Audiencia Provincial de Madrid 488/ 2016, de 21 de septiembre. La sentencia del Tribunal Constitucional contiene interesantes consideraciones sobre las divergencias existentes en la doctrina y en la Jurisprudencia en cuanto a la denominada "imputación objetiva" del resultado. En particular, se pronuncia acerca del estatus de la controversia entre las doctrinas de la evitabilidad y las del incremento o no disminución del riesgo. El pronunciamiento, por lo demás, permite una cierta generalización en cuanto al estatuto constitucional de las divergencias doctrinales en Derecho penal.

2. El contexto de la sentencia

2.1 Los hechos

En la noche del 31 de octubre al 1 de noviembre de 2012 «se celebraba una fiesta en el Pabellón Madrid Arena en la que, por una concurrencia de causas (sobreaforo, cierre de cinco de ocho vomitorios que unen la pista central con el pasillo perimetral y son vías de evacuación, apertura de portones para la entrada masiva de público e incorrecta gestión de flujos de público en las escaleras entre diversos niveles), se produjo una avalancha que sepultó a algunos asistentes debajo de hasta ocho personas».[2] Tres jóvenes, entre las que se encontraba doña Cristina A.F., fueron trasladadas a la enfermería del pabellón. Allí, «lejos de actuar con rapidez y hacer todo lo que estaba a su alcance, Simón V. P. y Carlos V. L., los cuales eran los médicos del servicio sanitario del evento y el primero el responsable del mismo, no realizaron un correcto diagnóstico de que, al menos Cristina A. [y otra víctima], se encontraban en situación de parada cardiorrespiratoria ni les practicaron a las tres jóvenes una adecuada reanimación

[1] Ponente Roca Trías.

[2] STC 18/2021, Antecedentes, 2. a) (i).

cardiopulmonar para intentar que se recuperaran».[3] El primero de los médicos le realizó masaje cardíaco a la paciente y, luego, le aplicó tres descargas con un desfibrilador, «siguiendo para ello las instrucciones del técnico sanitario puesto que Simón V. desconocía, pese a ser médico, el funcionamiento del desfibrilador».[4] Tras ello, don Simón V. dejó de asistir a doña Cristina A., al entender, erróneamente, que la joven había fallecido, «puesto que, cuando llegó el Samur, Cristina A. se encontraba en fibrilación ventricular, no pudiendo ser recuperada pese a que los facultativos del Samur, que llegaron sobre las 4:20 horas, le practicaron una reanimación cardiorrespiratoria avanzada, falleciendo sobre las 5:00 horas».[5]

Doña Cristina A. y las otras dos jóvenes atendidas en la enfermería «fallecieron como consecuencia de las gravísimas lesiones padecidas en el aplastamiento sufrido en el vomitorio, sin que Simón V. P. y Carlos V. L. les prestaran la asistencia médica que precisaban durante el tiempo que permanecieron en el botiquín que gestionaban antes de que llegara al mismo el Samur aumentando así la posibilidad de que no pudieran recuperarse de las lesiones sufridas, no resultando acreditado, sin embargo, que en el supuesto de que les hubieran prestado una asistencia correcta las fallecidas hubieran podido salvar su vida».[6]

2.2. La absolución por parte de la Audiencia Provincial de Madrid

La sección séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia 488/2016,[7] absolvió a los médicos. Ciertamente, apreció que la conducta de estos había sido "negligente". Sin embargo, entendió que, para apreciar los correspondientes homicidios imprudentes, es preciso que conste acreditada no sólo «la conducta negligente de los acusados sino también el nexo de causalidad entre la misma y el mortal resultado producido, esto es, que la asistencia sanitaria que los doctores V. hubieran debido de prestar a las tres jóvenes y no prestaron, habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, el fallecimiento de las mismas».[8]

2.3. La sentencia condenatoria del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo, en su sentencia 805/2017, revocó la sentencia absolutoria de la Audiencia y condenó a los médicos por los correspondientes homicidios imprudentes.[9] La base fáctica de tal revocación fue, en primer lugar, que la Audiencia había declarado probado que con la mala actuación de Simón V. se incrementó el riesgo de muerte, aumentando así la posibilidad de que no pudieran recuperarse [ambas jóvenes] de las lesiones sufridas. Como recogen los Antecedentes de Hecho de la sentencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo estableció entonces las siguientes premisas jurídicas: «(i) que es incuestionable la posición de garante de la vida y de la salud de la víctima en la que se encontraba el recurrente, (ii) que se declara probado en el *factum* y la fundamentación jurídica que no llevaron a cabo las maniobras

[3] STC 18/2021, Antecedentes, 2. a) (i).

[4] STC 18/2021, Antecedentes, 2. a) (i).

[5] STC 18/2021, Antecedentes, 2. a) (i).

[6] STC 18/2021, Antecedentes, 2. a) (i).

[7] Comentada por HAVA GARCÍA, «Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos», *InDret*, (2), 2017, pp. 1 ss.

[8] STC 18/2021, Antecedentes, 2. a) (ii).

[9] Comentada por BOLEA BARDON, «La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad», *InDret*, (4), 2018, pp. 1 ss.

más elementales de reanimación con omisión de toda diligencia debida, (iii) que se incrementó el riesgo para la vida de la joven como consecuencia de tal comportamiento, pues se declara probado que la falta de prestación de la asistencia médica que se precisaba "aumentó la posibilidad de que no pudieran recuperarse de las lesiones sufridas", aclarando que esa conclusión sería imposible si el resultado de muerte fuera inevitable, y (iv) que se produjo el resultado de muerte».[10]

Sentado esto, el Tribunal Supremo ubicó la cuestión litigiosa en el nexo que debe existir entre el actuar imprudente y el resultado mortal producido. Asumió a continuación, al igual que la Audiencia, la doctrina de la imputación objetiva. Identificó, asimismo, los criterios en disputa, de entre los que destacó la teoría del incremento del riesgo, la teoría del ámbito de protección de la norma y la teoría de la evitabilidad.

Así las cosas, rechazó la teoría de la evitabilidad seguida por la Audiencia, que pone el acento en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión del bien jurídico. Frente a ella, se adhirió a la doctrina del incremento del riesgo. La idea rectora es que «si no se hace nada, o lo que se hace es patentemente negligente, como por otra parte asegura la Audiencia, no puede fundamentarse su absolución en el hecho de que, de todos modos, no se sabe cuál hubiera sido el desenlace».[11] Por el contrario, «la responsabilidad del médico surge porque ha incrementado el riesgo permitido, y lo ha hecho al haber actuado negligentemente, y con tal comportamiento ha contribuido al resultado, siéndole reprochada su conducta a través de la teoría de la imputación objetiva».[12]

Un voto particular disidente pretendió distanciarse tanto de la tesis de la evitabilidad como de la del incremento del riesgo. El factor determinante de la discrepancia vino dado por el estado de extrema gravedad en el que la víctima fue conducida a la enfermería. A entender del magistrado que lo suscribe, para proceder a la imputación del resultado es necesario constatar que la conducta «impidió una disminución de cierta entidad de ese riesgo y no de mínimos fehacientemente acreditada desde una perspectiva *ex post*, de lo que no hay prueba ni consta en el *factum*».[13] Por tanto, a su juicio debería haberse absuelto a los acusados.

3. El estatuto jurídico de las doctrinas de la imputación objetiva

3.1. Introducción

La posición dominante en la doctrina y en la jurisprudencia asume que, para el establecimiento de un nexo jurídico-penal entre conducta y resultado, debe recurrirse a una doctrina que se conoce como "imputación objetiva". Sólo la constatación de este nexo permite, en el caso concreto de los delitos imprudentes, su sanción. En efecto, la conducta dolosa a la que no le sigue un resultado objetivamente imputable puede ser sancionada como tentativa. En cambio, la conducta imprudente no seguida de la producción de un resultado, o seguida de uno no imputable objetivamente, no es punible.

[10] STC 18/2021, Antecedentes, 2. c).

[11] STC 18/2021, Antecedentes, 2. c).

[12] STC 18/2021, Antecedentes, 2. c).

[13] STC 18/2021, Antecedentes, 2. d).

Ciertamente, existen posiciones opuestas a la doctrina de la imputación objetiva, a la que se le critica hasta la propia denominación. Por otro lado, se dan múltiples discrepancias internas entre quienes, de uno u otro modo, la acogen. Así, hay líneas doctrinales que consideran que la realización del tipo en su conjunto es una cuestión de imputación objetiva. Expresado de otro modo, que la teoría de la imputación objetiva del resultado es, a su vez, la teoría del hecho típico. Otro sector, en cambio, ha ido precisando que la doctrina de la imputación objetiva se ocupa, únicamente, del nexo entre conducta y resultado típico en los delitos de resultado material de lesión. De modo previo a recurrir a ella es preciso, por tanto, identificar la conducta del agente como una conducta típicamente desaprobada. Esta diferencia deriva de la asunción del concepto de desvalor de la conducta, vinculado con la doctrina de las normas de conducta, en su formulación por Armin KAUFMANN. La teoría de la tipicidad debe escindirse, según esto, en dos doctrinas que tienen, además, estatus jurídicos distintos: la doctrina del comportamiento desaprobado (significativo-valorativa), la doctrina del resultado típico (significativo-valorativa) y la doctrina de la imputación objetiva de este a aquél (significativa). La terminología que se adopta es, con todo, muy diversa. Así: riesgo penalmente relevante y realización del riesgo en el resultado; riesgo penalmente desvalorado e imputación objetiva en sentido estricto; etc.

Todo esto puede dejarse de lado, porque tanto la Audiencia de Madrid como el Tribunal Supremo distinguieron ambos aspectos con claridad. Así, en cuanto a la conducta típicamente desaprobada no existe polémica alguna: la conducta de los médicos fue imprudente. En concreto, fue una omisión imprudente que consistió en la no prosecución de las maniobras de reanimación de las pacientes que habían sido aplastadas en la avalancha. El problema se centró correctamente en el nexo entre la conducta imprudente de los médicos y el resultado, cuyo establecimiento es imprescindible para que la imprudencia apreciada resulte punible.[14]

La doctrina dominante suele recurrir a elementos distintos para establecer el nexo entre conducta y resultado en los delitos de comisión activa y en los delitos de comisión por omisión. En la comisión activa, afirma que de entrada debe establecerse un vínculo de causalidad y, luego, procederse a su restricción mediante un nexo estrictamente jurídico. Un sector limita la denominación "imputación objetiva" precisamente a los criterios jurídicos con los que se corrige el excesivo alcance de la relación de causalidad establecida. Justo en este punto es donde se suele situar la discusión entre las doctrinas de la evitabilidad del resultado y del incremento del riesgo. En cambio, en la comisión por omisión se afirma comúnmente que no cabe establecer relación de causalidad alguna. Por tanto, una vez constatada la existencia de una omisión equivalente en los términos del art. 11 CP, para establecer el nexo entre esta y un resultado lesivo se recurre directamente a los referidos criterios de imputación objetiva. Concretamente, aquí se suscita el debate entre las tesis de la evitabilidad del resultado y de la no disminución del riesgo. Pero debe puntualizarse que, precisamente en España, existen otras posiciones que ni la Audiencia de Madrid ni el Tribunal Supremo mencionaron siquiera.

3.2. La polémica entre la doctrina de la evitabilidad y la del incremento del riesgo

La discrepancia doctrinal que reflejan las sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo existe desde hace casi setenta años. La doctrina de la evitabilidad del resultado, o del comportamiento alternativo conforme a Derecho, precedió en el tiempo a la del incremento del riesgo, pues sus formulaciones provienen del primer tercio del siglo XX. El criterio postulado por

[14] BOLEA BARDON, *Conducta alternativa e imputación del resultado*, 2020, p. 67.

todas sus variantes consiste en representarse qué habría sucedido con el resultado si, en lugar de haberse realizado la conducta imprudente, el autor hubiera llevado a cabo una conducta lícita – normalmente, una conducta de riesgo permitido –. Sin embargo, las variantes de esta doctrina eran sustancialmente distintas entre sí.[15] En efecto, unas sostenían que procede condenar salvo que conste con seguridad o probabilidad rayana en la seguridad que la conducta alternativa conforme a Derecho habría producido el mismo resultado. Otras, en cambio, que hay que absolver salvo que conste con seguridad o con probabilidad rayana en la seguridad que la conducta alternativa habría evitado el resultado. Como puede advertirse, la posición de la Audiencia Provincial de Madrid coincide con esta segunda variante. Las dos variantes están de acuerdo en que cuando es seguro o casi seguro que el comportamiento alternativo habría evitado el resultado, hay que imputar el resultado producido a la conducta imprudente del autor. Igualmente lo están en que cuando es seguro o casi seguro que el comportamiento alternativo habría dado lugar igualmente al resultado, hay que excluir dicha imputación. Su diferencia radica en el modo en que gestionan los casos intermedios, que lamentablemente son los más: aquellos en los que – en caso de comportamiento alternativo – es más probable que improbable la evitación del resultado, aquellos en los que es más probable que improbable la producción del resultado y, en fin, aquellos en los que la probabilidad de lo uno y de lo otro es más o menos igual. Para la primera variante, en estos tres supuestos hay que condenar. Para la segunda, en cambio, en estos tres supuestos hay que absolver.

En mayor o menor medida en función de la variante que se acoja, la doctrina del comportamiento alternativo conforme a Derecho – o de la evitabilidad del resultado – agudiza los problemas de prevención general que plantea la regulación legal de los delitos imprudentes de resultado. En efecto, a partir de esta, el agente recibe el siguiente mensaje: no actúes descuidadamente; pero, aunque lo hagas, si no se produce el resultado no serás castigado.[16] Sin embargo, el sujeto que obra imprudentemente se caracteriza precisamente por confiar en que no producirá el resultado. Por tanto, la estructura típica de los delitos imprudentes de resultado no incentiva de modo suficiente el actuar cuidadoso. Pues bien, la doctrina del comportamiento alternativo añade a lo anterior el siguiente mensaje: aunque hayas actuado descuidadamente y se produzca el resultado, tampoco serás castigado si no se logra acreditar con seguridad o probabilidad rayana en la certeza que un comportamiento cuidadoso tuyo habría evitado con seguridad el resultado. Esto disminuye aún más las razones instrumentales para abstenerse de realizar la conducta contraria a Derecho.

Este fue el punto de partida de la doctrina del incremento del riesgo, cuyo creador fue Claus Roxin en un conocido artículo de 1962.[17] Lo decisivo para esta no es si el comportamiento alternativo habría evitado el resultado, sino si el comportamiento imprudente ha incrementado el riesgo de su producción con respecto a dicho comportamiento alternativo conforme a Derecho (riesgo permitido). Ciertamente, si se parte de que la conducta del agente está prohibida, la doctrina del incremento del riesgo puede parecer tautológica. En efecto, si una clase de conductas se prohíbe *ex ante*, eso es porque la probabilidad de que produzcan el resultado es superior a la que muestran las no prohibidas. Sin embargo, la doctrina del incremento del riesgo

[15] GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*, 2017, pp. 7 ss., 26-27; BOLEA BARDON, *Conducta alternativa e imputación del resultado*, 2020, pp. 73 ss.

[16] SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 1999, pp. 35-36 (3ª ed., 2011, pp. 45-46).

[17] ROXIN, «Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes», en EL MISMO, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, 1976, pp. 149 ss., 167 ss.

conlleva la asunción de una perspectiva *ex post*.[18] Esto es, la confirmación *ex post* y en concreto de que el juicio abstracto *ex ante* era correcto. Ciertamente, pese a sus pretensiones, la propuesta no se libera del pensamiento en alternativas. En efecto, se trata, otra vez, de comparar la conducta llevada a cabo en el mundo real y ver si, en comparación con la conducta que se habría realizado en un mundo hipotético, aquella ha incrementado el riesgo de producción del resultado. Expresado de otro modo, ha producido más peligro concreto. En todo caso, también esta doctrina tiene variantes muy diversas.[19]

3.3. Las doctrinas de la evitabilidad y de la no disminución del riesgo en los casos de omisión

En los delitos de comisión por omisión – tanto dolosos como imprudentes –, la doctrina dominante hace depender la imposición de la pena del delito consumado de la constatación de que el sujeto, de haber actuado, habría evitado el resultado. De nuevo, aquí cabe distinguir variantes que llegan a soluciones diversas en función de la rigidez. La más difundida requiere que ello hubiera tenido lugar con seguridad o con una probabilidad rayana en la seguridad.[20] En este sentido, se le puede dirigir el mismo reproche, antes expuesto, de que con ello se desincentiva drásticamente el seguimiento de la norma de conducta. Por el contrario, para la doctrina paralela a la del incremento del riesgo, basta con que la acción omitida hubiera disminuido el riesgo de la producción del resultado. En su formulación más precisa esto significa que la omisión comporta un no incremento de posibilidades de salvación, lo que constituye una disminución de posibilidades (en los términos de la comisión por omisión).[21]

A este respecto, con todo, debe añadirse que algunos autores que defienden la doctrina del incremento del riesgo en la comisión activa, rechazan la tesis de la disminución del riesgo como criterio de imputación objetiva en el ámbito de la comisión por omisión. Estos, a su vez, se subdividen en dos grupos absolutamente opuestos. Para unos, el argumento es que aquí la no disminución del riesgo adopta el lugar de la causalidad como característica de la imputación objetiva y que ello no es suficiente para la imputación. Para otros, en cambio, lo que sucede es que no es necesario en absoluto. A su juicio, en los delitos de omisión basta con que el garante tenga el control del riesgo, lo descontrole y el riesgo cause el resultado, sin hacer ninguna consideración hipotética adicional.[22]

En el caso objeto de comentario, ya la Audiencia Provincial había apreciado que la conducta de los médicos incrementó el riesgo de producción del resultado. Literalmente: «aumentando así la posibilidad de que no pudieran recuperarse de las lesiones sufridas». Es decir, mejor: disminuyó la posibilidad de que se recuperaran de las lesiones sufridas. Con base en ese dato fáctico

---

[18] GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*, 2017, p. 31.

[19] BOLEA BARDON, «Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión», en SILVA SÁNCHEZ et ales (coords.), *LH Mir Puig*, 2017, pp. 459 ss.

[20] MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 12/82.

[21] PERIN, «L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della "diminuzione di chances"», *Archivio Penale,* (2), 2018, pp. 1 ss., 37 ss.

[22] GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», *ADPCP* 1994, pp. 5 ss., 29, 41; EL MISMO, «La causalidad en la omisión impropia», *ADPCP,* 2000, pp. 29 ss., 72; muy próximo, LUZÓN PEÑA, «Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad», en SILVA SÁNCHEZ et al. (coords.), *LH Mir Puig*, 2017, pp. 685 ss., 694-695.

construyó el Tribunal Supremo el nexo de imputación objetiva del resultado. Sin embargo, es cierto que la doctrina de la no disminución del riesgo ha recibido dos críticas fundamentales, con la particularidad de que ambas parecen alcanzar rango constitucional. Por un lado, se le achaca que convierte los delitos de resultado de lesión en delitos de peligro.[23] Por el otro, que vulnera el principio *in dubio pro reo*.[24] Si esto fuera así, resultaría que tal doctrina compromete derechos constitucionales como los relativos a la presunción de inocencia, la proporcionalidad y la igualdad. Obviamente, esto muestra el interés del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia objeto de comentario.

4. La posición del Tribunal Constitucional

4.1. Es una "cuestión jurídica"

El recurrente había denunciado la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la tutela judicial efectiva en su concreción de no sufrir indefensión (art. 24.2 y 24.1 CE). Lo decisivo en este punto sería, a su juicio, que el Tribunal Supremo había modificado la base fáctica de la sentencia de instancia con revaloración de pruebas personales (testificales y periciales) sin audiencia del acusado ni respeto al principio de inmediación.

En la sentencia, el Tribunal Constitucional sitúa el debate como un enfrentamiento entre posiciones doctrinales: «Sin descender a los matices con que pueden formularse esas posturas básicas, resulta claro que la teoría de la evitabilidad, por la que se inclina el tribunal *a quo*, para imputar el resultado exige que se acredite *ex post* que la conducta debida *ex ante* habría logrado evitar el resultado con una posibilidad rayana en la certeza o, en versiones menos rigurosas, con una elevada probabilidad. En cambio, la teoría del incremento del riesgo que defiende el Tribunal Supremo, que suele enunciarse como teoría de la disminución del riesgo en el ámbito de la omisión, imputa el resultado si se constata *ex post* que la conducta que resultaba diligente al tiempo de actuarse habría disminuido el riesgo de acaecimiento del resultado, admitiendo a su vez diversos grados de disminución del peligro – del mínimo al sustancial – como umbral para atribuir el resultado a la omisión y condenar por el delito de resultado de que se trate».[25]

Es consciente, por otro lado, de que estamos ante una cuestión que puede dar lugar a diferencias en cuanto a la punibilidad: «ante unos mismos hechos y, en particular, ante un determinado nivel de incertidumbre sobre la producción o evitación del resultado con la conducta correcta, la opción por una u otra posición dote de significado típico o no a la conducta omisiva de un garante».[26]

Sin embargo, incide en lo que, de entrada, resulta fundamental: «Ciertamente podrá preferirse una concepción u otra, podrá discutirse sobre su corrección dogmática y político-criminal e, incluso, sobre su respeto al derecho a la presunción de inocencia o su compatibilidad con las

[23] Referencias en GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho,* 2017, pp. 52 ss.

[24] GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*, 2017, pp. 57 ss.

[25] STC 18/2021, Fundamento Jurídico 4. a).

[26] STC 18/2021, Fundamento Jurídico 4. a).

previsiones legales desde la perspectiva del derecho a la legalidad penal. Pero (…) lo determinante es que se trata de una cuestión estrictamente jurídica».[27]

Esta primera declaración del Tribunal Constitucional es muy importante. Basta leer la sentencia del Tribunal Supremo para advertir la preocupación de la Sala por el hecho de que está casando una sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial. En particular, por evitar que se piense que ha procedido a una revisión de los hechos. Como es sabido, es posible la revocación de sentencias absolutorias en sede de apelación con afectación de los hechos probados siempre que sea posible volver a practicar la prueba, para luego valorarla. Pero en casación resulta imposible alterar la base fáctica de la sentencia de instancia. El Tribunal Constitucional señala de forma reiterada a lo largo de la sentencia que el Tribunal Supremo se ha atenido a los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial y que la polémica es puramente jurídica.

Pero ¿qué significa que algo es una "cuestión jurídica"? Negativamente, está claro: no se trata de una cuestión de hecho. Por tanto, como se verá a continuación, no está sujeta a los criterios de relevancia jurídica de las cuestiones de hecho. Estos son, en concreto, que haya tenido lugar una mínima actividad probatoria, la exclusión de pruebas vulneradoras de los derechos fundamentales y que la prueba se valore conforme a criterios racionales. Todo ello, con la finalidad de alcanzar una convicción acerca de la producción del hecho de que se trate más allá de toda duda razonable. Sólo así se respeta el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Pero con ello todavía no se precisa, en términos positivos, cuál el estatus de una cuestión jurídica. En efecto, cabe que una cuestión jurídica sea: (i) una cuestión con alcance constitucional; (ii) una cuestión con incidencia legal; o (iii) una cuestión sólo doctrinal. Una cuestión jurídica puede tener incidencia constitucional cuando su resolución implica a valores o derechos constitucionales (distintos de la presunción de inocencia). En cambio, una cuestión de legalidad se refiere a la interpretación de la ley. Ciertamente, puede implicar, de modo indirecto, una cuestión de relevancia constitucional. Ello sucede, en concreto, cuando está en juego el respeto al texto de la ley. Finalmente, una cuestión jurídica puede ser exclusivamente doctrinal, cuando en ella no están en juego ni los valores constitucionales ni el respeto al texto de la ley. En realidad, hay que afirmar que un problema doctrinal también puede implicar, indirectamente, una cuestión de relevancia constitucional. Ello sucede cuando la argumentación de alguna de las doctrinas en disputa se separa de los criterios metodológicos generalmente aceptados por la comunidad jurídica. Pero el Tribunal Constitucional, que incluye este supuesto junto al respeto al texto y a los valores de la Constitución en el alcance del derecho fundamental a la legalidad, efectúa en este punto una remisión a la autorregulación de la comunidad dogmática. Las convenciones argumentales de esta son rígidas, pero no hasta el punto de poner en duda el principio de libertad de método; y son laxas, pero no hasta el punto de permitir que se prescinda de las reglas de la razón práctica.

La cuestión jurídica ante la que el Tribunal Constitucional advierte que nos hallamos es, pues, una cuestión doctrinal o de dogmática jurídica. Se refiere a la construcción de la regla de la consumación de los delitos de resultado material. Esta regla tiene por objeto la precisión del nexo entre una conducta antinormativa y un resultado material lesivo. Esta regla no es valorativa: tanto la conducta como el resultado ya están desvalorados. Puede discutirse si es una regla de atribución de sentido o de imputación. Como sabemos, la tradición doctrinal se ha inclinado

[27] STC 18/2021, Fundamento Jurídico 4. a).

implícitamente por esto último, pues habla al respecto de "imputación objetiva". Mi opinión es que se trata de una regla de atribución de sentido, pues lo pretendido es adscribir un resultado a una conducta estableciendo un nexo de significado entre ellos. Este vínculo de significado es el que permite afirmar que un sujeto "ha matado por una omisión imprudente".

A mi juicio, hay tres grandes clases de reglas dogmáticas. Por un lado, las que tienen por objeto la asignación de un sentido a un hecho o un objeto; en segundo lugar, las que se ocupan de la valoración de este; y, en fin, las que tienen por objeto la imputación del hecho a un sujeto. [28] Pues bien, el manejo de las reglas dogmáticas – y esto es común a las de atribución de sentido, de valoración y de imputación – se traduce en el siguiente proceder. En primer lugar, es preciso (i) que se haya formulado la regla en sí, que relaciona la constatación de unos determinados hechos con la producción de un determinado efecto jurídico (de asignación de sentido, valoración o imputación). En segundo lugar, hay que proceder (ii) a la constatación de esos hechos. En fin, (iii) hay que aplicar la regla a los hechos constatados, concluyendo con la apreciación del efecto jurídico correspondiente. El paso (ii), como puede observarse, tiene que ver con la base fáctica y, por tanto, no arroja una especial peculiaridad. El paso (i), en cambio, es el decisivo en la dogmática. Se trata, ni más ni menos, de construir la regla – lo que a veces se llama ampulosamente la "teoría dogmática" –. Para ello es preciso aportar los argumentos que justifican el paso del plano del ser (los hechos constatados) al del deber ser (la conclusión jurídica de atribución de sentido, valoración o imputación). Sobre esos argumentos y su mayor o menor corrección es sobre lo que discutimos años y décadas, siglos incluso, los integrantes de la comunidad dogmática. El paso (iii), a su vez, tampoco está exento de problemas. Por un lado, cabe que una brillante regla dogmática sea demasiado abstracta y, por tanto, muy difícil de aplicar en el caso concreto, o bien que conduzca a soluciones no equitativas. Ello debe conducir a pensar que la regla está mal construida, o que, en todo caso, no es una regla dogmática, pues lo propio de estas es servir a la aplicación judicial del Derecho al caso. Pero también cabe que una buena regla dogmática sea mal aplicada por el órgano judicial.

En el supuesto objeto de comentario las reglas dogmáticas enfrentadas son la de la evitabilidad y la de la no disminución del riesgo, en cuyos respectivos argumentos y contrargumentos no es posible entrar aquí. El Tribunal Supremo se inclinó por aplicar la regla de la no disminución del riesgo, que reza: «un resultado lesivo se imputa a una omisión antinormativa cuando puede concluirse que, en el caso concreto, la conducta conforme con la norma habría disminuido el riesgo de producción de aquel resultado». Por lo tanto, para aplicar la regla, es necesaria una base fáctica en la que hay que probar un hecho hipotético. Este es que la conducta conforme a la norma, omitida por los médicos (la prosecución de las maniobras de reanimación), habría disminuido en alguna medida el riesgo de muerte de las pacientes aplastadas por la avalancha.

¿Cómo se prueba un hecho hipotético? Ello requiere una regla general de experiencia – en el caso, la relativa a la reanimación –, así como su aplicación al caso concreto desde una perspectiva *ex post*. En efecto, esa regla general de experiencia y su aplicación al caso desde una perspectiva *ex ante* constituyen la base fáctica de la regla jurídica en cuya virtud los tribunales entendieron que la conducta de los médicos fue imprudente. En concreto: una omisión es imprudente cuando según reglas de experiencia la conducta omitida tenía capacidad *ex ante* de evitación del resultado y el sujeto, infringiendo deberes de cuidado, no lo advirtió. Pero sólo el recurso a la

[28] SILVA SÁNCHEZ, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal», *InDret*, (4), 2019, pp. 1 ss., 16-17.

regla general y su aplicación al caso desde una perspectiva *ex post* (que comprende el tiempo que la paciente concreta tardó en fallecer y, por tanto, el tiempo que pasó desasistida, así como otros hechos anteriores, simultáneos o posteriores) dan lugar a la conclusión hipotética de que la prosecución de la reanimación habría disminuido el riesgo de producción de la muerte de la paciente. Eso sí, esta conclusión hipotética debe alcanzarse más allá de toda duda razonable.

¿Y qué es disminuir el riesgo? Si se parte de que riesgo es igual a "probabilidad × celeridad × magnitud de la lesión", no puede ignorarse que, entre otras situaciones, la disminución del riesgo abarca la posposición del momento de producción de un resultado inevitable. Ahora bien, la doctrina del incremento del riesgo no distingue cuantitativamente entre los casos de posibilidad de disminución mínima (reducción de probabilidad tendente a un 1%), media (tendente al 50%) y máxima (tendente al 99 %) y ese es, quizá, uno de sus inconvenientes. A ello hizo referencia tanto el voto particular a la sentencia del Tribunal Supremo, como el recurrente en amparo «recriminando a la resolución que lo condena que no haya acreditado desde una perspectiva *ex post* una posibilidad significativa de disminución del riesgo, sino una posibilidad de mínimos».[29] El Tribunal Constitucional contesta que el recurrente: «Si bien dice situarse en las coordenadas de la teoría del incremento (disminución) del riesgo, introduce un criterio corrector de tipo estadístico o probabilístico, cual es que la posible disminución del riesgo con la acción debida sea significativa. Pero lo cierto es que no es esa la tesis que acoge el Tribunal Supremo, que se conforma para conectar la omisión y el resultado con la posibilidad de tal disminución, aunque sea de mínimos, que el propio recurrente reconoce acreditada. Tampoco en este punto pone en tela de juicio la existencia de prueba de los elementos del delito en la interpretación del órgano judicial, pues reconocer que las posibilidades de evitar la muerte eran escasas implica reconocer que había tal posibilidad».[30] La cuestión adicional, en la que no se entra, es si a esos diferentes porcentajes de evitabilidad del resultado se debería atender en la dogmática de la individualización judicial de la pena.

4.2. No existe vulneración del derecho a la presunción de inocencia

El recurrente, asimismo, había denunciado que en la sentencia del Tribunal Supremo se había producido una inversión de la carga de la prueba y la correlativa infracción del principio *in dubio pro reo*, que supone, además, la lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

El hecho de que nos encontremos ante una cuestión jurídica – doctrinal – determina el modo en que el Tribunal Constitucional examina esta parte del recurso interpuesto. En efecto, «no puede vincularse al derecho a la presunción de inocencia un principio *favor rei* en la interpretación de las normas penales, de forma que hayan de dirimirse las posibles comprensiones de los preceptos o solventarse las dudas de subsunción con un criterio *pro reo*. Las opciones interpretativas deben decantarse con el instrumental hermenéutico al uso, siempre, por supuesto, con respeto a las exigencias de razonabilidad gramatical, metodológica y axiológica que impone el derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE».[31]

Este es un planteamiento decisivo, porque en él el Tribunal Constitucional reitera una doctrina no siempre bien entendida. Como ya se ha apuntado antes, la misión del Alto Tribunal a

[29] STC 18/2021, Fundamento Jurídico 7. (iii).

[30] STC 18/2021, Fundamento Jurídico 7. (iii).

[31] STC 18/2021, Fundamento Jurídico 5.

propósito del recurso a doctrinas dogmáticas por parte de los órganos judiciales se ciñe «al control de que se respeta el tenor literal de la norma, no se incurre en quiebras lógicas y resulta acorde con modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica y es conforme con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional».[32] Esto significa que ni en las construcciones dogmáticas, ni siquiera en la interpretación de la ley, rige el principio de *in dubio pro reo*. Este afecta a la prueba de los hechos, pero no a la interpretación de la ley y mucho menos a las construcciones dogmáticas. El principio *in dubio pro libertate,* relativamente paralelo al de *in dubio pro reo,* no es un criterio rector permanente. Pero, además y sobre todo, requiere una duda constructiva o interpretativa como presupuesto. Y esto es lo que no se da en el marco de la discusión objeto del recurso de amparo. En efecto, el Tribunal Constitucional observa que las dos doctrinas en discordia cuentan con argumentos razonables. La de la evitabilidad, con el criterio de la causalidad hipotética, es decir, la posible eficacia de la conducta diligente. La teoría del aumento del riesgo, por su parte, con argumentos relativos al deber de tutela de los bienes jurídicos y de eficacia preventiva de las normas penales.[33] La denegación del amparo en virtud de lo expuesto hasta aquí es, a mi juicio, correcta. Pero…

4.3. El voto particular: la imprudencia "grave"

El "pero" es que la sentencia cuenta con un voto particular. El magistrado que lo formula sostiene que el Tribunal Supremo no se ha limitado a afrontar y resolver una discusión dogmática. Por el contrario, entiende que la situación muestra una configuración idéntica a las que dieron lugar a las condenas de España en las SSTEDH de 22 de noviembre de 2011 (*Lacadena Calero c. España)*, y de 13 de junio de 2017 (*Atutxa Mendiola y otros c. España)*. A su juicio, tampoco en estos casos se produjo una alteración de la declaración de hechos probados llevada a cabo por el tribunal de instancia. Sin embargo, tanto en aquellos como en el caso objeto de recurso, el Tribunal Supremo ha "entrado en contacto" con los hechos, procediendo a valorarlos desde una determinada perspectiva. Ello ha tenido lugar tanto para apreciar que la conducta del médico dio lugar a un "incremento del riesgo" como, sobre todo, para concluir que aquella conducta constituyó una "imprudencia grave", y no una menos grave o leve. Pues bien, esto es algo que, según el magistrado discrepante, tampoco cabe efectuar sin dar al acusado la posibilidad de dirigirse al órgano judicial. Dado que esto último no se hizo y, en todo caso, no cabe en el ámbito del recurso de casación, la revocación de la sentencia absolutoria de la Audiencia habría vulnerado derechos fundamentales.

Es importante el paralelismo que traza el voto particular entre este caso de imputación del resultado a la imprudencia y lo que sucedió a propósito del dolo y de otros "elementos subjetivos" en los casos *Lacadena c. España* y *Atutxa y otros c. España*. En ellos, en efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) entendió que el Tribunal Supremo español, a pesar de no haber alterado el relato de hechos estimados probados por el tribunal de instancia, valoró estos hechos con repercusión condenatoria sin dar la oportunidad a los afectados de declarar ante él sobre el particular – algo imposible en el ámbito del recurso de casación, como se ha indicado –. Dado que los hechos con repercusión condenatoria eran "elementos subjetivos", su valoración por el Tribunal Supremo, sin (poder) brindar esa oportunidad a los sujetos cuya absolución había sido recurrida, vulneró derechos fundamentales relativos al proceso debido y acogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[32] STC 18/2021, Fundamento Jurídico 5.

[33] STC 18/2021, Fundamento Jurídico 6.

En realidad, el voto particular aborda un problema distinto de los que han sido objeto de la sentencia. En esta última lo decisivo es la cuestión de la imputación objetiva del resultado. En cambio, en el voto – aunque también se mencione lo relativo al incremento del riesgo – el objeto fundamental de interés es que el Tribunal Supremo ha calificado la conducta de los médicos como "imprudencia grave". La Audiencia provincial (erróneamente, a mi juicio), al haber excluido la imputación objetiva del resultado, no entró en la calificación concreta de la imprudencia. Simplemente, llegó a la difusa conclusión de que el comportamiento de los médicos fue "claramente negligente". Así, a juicio del magistrado que formula el voto, el Tribunal Supremo, al calificar la imprudencia de los médicos como jurídicamente "grave" – con las consiguientes consecuencias penológicas – ha obrado de modo similar a como actuó en los polémicos casos *Lacadena c. España* y *Atutxa c. España*. En concreto: ha revalorado los hechos probados en una cuestión que se refiere, además, a la "imputación subjetiva".

Es importante subrayar que, aunque el recurso de amparo abarca esta cuestión de la calificación de la imprudencia como "grave", aparentemente ni el recurrente se extendió sobre este particular, ni desde luego lo hace la sentencia del Tribunal Constitucional. Sólo el voto particular entra en esta línea de impugnación a la sentencia del Tribunal Supremo, que desde luego no es menor. Si se parte de que la imprudencia es una "cuestión subjetiva", y aunque no lo fuera, se me permitirá que augure que el TEDH volverá a condenar a España por este asunto.

5. Conclusión: consecuencias para las reglas dogmáticas

La sentencia del Tribunal Constitucional objeto de este comentario pone de relieve cuál es el marco en el que se mueven las discusiones dogmáticas. Este marco viene dado por el respeto (i) a los hechos; (ii) al texto legal cuando este se pronuncia sobre la materia; (iii) a los valores constitucionales y (iv) a las reglas del método jurídico. Como el propio Tribunal subraya, no es sólo que haya diversas políticas criminales conformes con la Constitución, sino que también existen diversas opciones dogmáticas, todas ellas compatibles con la Constitución. De hecho, y como sabemos, existen teorías dogmáticas que hacen prevalecer la perspectiva lógico-conceptual (formal o material), otras que hacen primar la mayor conformidad literal con las leyes y otras en las que lo determinante es un enfoque teleológico-axiológico. La discusión sobre los conceptos de autor - objetivo-formal, objetivo-material, etc. - es uno de los ejemplos paradigmáticos de estas divergencias.

Estas discrepancias son jurídicas. Ello significa que, si recordamos lo señalado más arriba, su divergencia radica en que se ha construido sobre bases distintas el criterio rector de la regla dogmática. Por seguir con el ejemplo de la discusión sobre la autoría, no es lo mismo partir de que es autor el que "ostenta el dominio del hecho" que el que "realiza los elementos del tipo", doctrinas cada una de las cuales cuenta con razones a favor (y en contra). Cuestión distinta es que ambas reglas, así formuladas, sean demasiado abstractas para su aplicación. Es necesario, para que se conviertan en reglas aplicables, decir qué significa "dominar el hecho" o "realizar el tipo". En todo caso, lo que parece claro es que su aplicación judicial resulta prácticamente imposible sin "entrar en contacto con los hechos" (por seguir con la expresión del voto particular de la sentencia). En efecto, hace falta manejar los hechos para poner de relieve que en ellos se dan los elementos que concretan que un agente tuvo el "dominio del hecho". Sólo de este modo cabe concluir que un sujeto enjuiciado, cuya intervención en los hechos tuvo determinadas características, es "autor".

Esto significa que, de atenernos al voto particular (y a las sentencias del TEDH), el Tribunal Supremo tiene las manos atadas en un gran número de casos en los que se trata, únicamente, de discrepancias jurídicas del Alto Tribunal con el tribunal respectivamente inferior. No basta sólo con la obviedad de que respete los hechos probados no alterándolos, sino que ni siquiera puede valorarlos. Pero, sin valorarlos ¿cómo los va a subsumir en la regla dogmática en la que pretende enmarcarlos – por poco abstracta que esta sea – para obtener la consecuencia jurídica respectiva? Expresado con el ejemplo que vengo utilizando en este apartado: ¿cómo puede establecer el Tribunal Supremo que en el caso se dan los elementos que permiten afirmar un "dominio del hecho" y concluir que el sujeto es autor, sin "entrar en contacto" con los hechos? Es sumamente difícil, por no decir imposible, aplicar una regla jurídica distinta de aquella que se quiere rechazar sin "entrar" en contacto con los hechos probados, es decir, sin "revalorarlos" en alguna medida, aunque se respeten plenamente, sin quitar ni añadir nada.

Si llevamos esta conclusión al límite, el Tribunal Supremo no podrá casar sentencias absolutorias por razones de infracción de ley, es decir, de dogmática del Derecho penal. *Estrasburgo locuta, causa finita*...

InDret
2.2021

Aborto en autoría mediata

Comentario a la STS 507/2019, de 25 de octubre

Carolina Bolea Bardon*
Universidad de Barcelona
bolea@ub.edu

-

1. Introducción

Objeto del presente comentario es la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2019.[1] Los hechos probados son los siguientes: las acusadas Angelina, Adolfina, Beatriz y Almudena, esta última con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, habían obligado a abortar a la testigo protegida. La misma venía siendo obligada a ejercer la prostitución en beneficio de quien la había traído a España, esto es, Adolfina. Como consecuencia de dicha actividad, la testigo protegida quedó embarazada mientras ejercía la prostitución. Como quiera que esta situación impediría que la testigo protegida trabajara durante varios meses, dejando de pagar su deuda, la acusada Adolfina, junto a las acusadas Angelina y Beatriz, que actuaban todas de común acuerdo y con el mismo propósito, golpearon y pegaron a la testigo en varias ocasiones, y le manifestaron que estaba obligada a abortar, sin perjuicio de obligarla a seguir prostituyéndose mientras esta estuviera embarazada y hasta que abortara; además de aumentarle la deuda en 15.000 € como castigo. La testigo manifestó a las acusadas que no quería abortar y que quería tener a su hijo.

El 3 de marzo de 2010 la testigo fue conducida por la acusada Adolfina a la clínica para que le practicaran allí el aborto. Sin embargo, la clínica se negó a llevarlo a cabo porque el estado de gestación de la mujer era de 18 de semanas y la clínica no estaba autorizada para la realización de abortos a ese nivel de gestación por ser considerados de alto riesgo. Ante la negativa de la clínica, la testigo protegida fue obligada a trasladarse hasta Madrid, acudiendo al domicilio de la acusada Almudena, quien también actuaba en connivencia con las otras acusadas. Almudena, fue la encargada de llevar a la testigo a la clínica el día 16 de marzo de 2010. Una vez allí, la testigo, firmó los documentos para la realización del aborto, pero sin que realmente prestara su consentimiento libremente, puesto que ya había sido golpeada previamente por las acusadas, así como amenazada con causarle a ella o a miembros de su familia males físicos, tal y como le recordaban las acusadas constantemente. Antes de salir de Nigeria, la testigo había sido obligada a realizar un rito de vudú para quedar sometida psicológicamente a las acusadas, a la par de atemorizarla ante cualquier acto que la testigo pudiera hacer y que pudiera desvelar las acciones

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia: «Responsabilidad penal por el hecho y Estado democrático. Una investigación sobre la legitimidad de la criminalización de ideas y caracteres» (RTI2018-097727-B-100).

[1] Ponente Polo García.

que las acusadas le obligaban a realizar. Almudena siempre estuvo presente en todos los trámites preceptivos que tenía que realizar la testigo en la clínica. Finalmente se realizó el aborto, dándole el alta a la paciente el día 17 de marzo de 2010.

El precio del aborto fue abonado por Angelina, Adolfina y Beatriz. Los gastos incluían también el billete de avión a Madrid, así como la estancia en la casa de Almudena.

La Audiencia Provincial de Las Palmas, en su sentencia de 12 de junio de 2017, condenó a las acusadas Filomena, Paula, Bárbara y Rosalía (Angelina, Adolfina, Beatriz y Almudena para el Tribunal Supremo) como autoras de un delito de aborto del art. 144 del Código penal, a la pena de cuatro años de prisión, respecto a las tres primeras; y, a la pena de seis años de prisión, respecto a la última por apreciarse la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8 del Código penal.[2]

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 25 de octubre de 2019, desestimó el recurso de casación interpuesto por las acusadas, confirmando el fallo de la Audiencia.

2. La autoría mediata como forma de autoría

En el caso objeto de este comentario se plantea un supuesto de comisión de un delito de aborto en autoría mediata. Así lo han entendido tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo. Como es sabido, la autoría mediata es una forma de autoría que se caracteriza por la comisión de un delito a través de otra persona que se utiliza como instrumento. La persona de detrás realiza el tipo sin ejecutar de propia mano la acción descrita en el mismo.[3] El origen de esta figura se sitúa en Alemania y se remonta a la época en que en dicho país regía en materia de participación la accesoriedad máxima.[4] Nació para cubrir lagunas de punibilidad derivadas de una regulación positiva que hasta 1943 exigía para poder castigar al partícipe que el autor del hecho antijurídico fuera también culpable del mismo.[5] Actualmente se concibe como una figura con sustantividad propia, reconocida expresamente en las legislaciones penales alemana (§ 25 StGB) y española (art. 28 CP), cuya función consiste en ampliar el concepto de autor vinculado tradicionalmente a la ejecución de propia mano.

Aunque la figura de la autoría mediata está generalmente admitida por la doctrina, algún autor la ha tachado de superflua, entendiendo que «*no* es un caso de intervención, sino un caso de comisión *directa* fenotípicamente enmascarado».[6] Si bien no es posible en el presente comentario

[2] SAP Las Palmas 2ª, 208/2017, 12-06.

[3] Sobre el fundamento y la estructura de la autoría mediata, vid., BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, pp. 139 ss.; LA MISMA, «La autoría mediata en algunos supuestos de error», *REPC*, 2ª Época, (12), 2003, pp. 11 ss.

[4] Una vuelta a la accesoriedad máxima o estricta propone recientemente, JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, pp. 63 ss.

[5] Cfr., al respecto, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1993, 21/17 y 62; FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2019, 10/55; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, p. 664; RANDT, *Mittelbare Täterschaft durch Schaffung von Rechtfertigungslagen,* 1997, p. 13; HRUSCHKA, «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen», *ZStW*, (110), 1998, pp. 603 ss.

[6] Así, JAKOBS, *Teoría de la intervención,* 2016, p. 68 (con cursivas en el original). En la misma línea, ROBLES PLANAS, «La estructura de la intervención en el delito», *Polít. Crim.*, (15-30), 2020, p. 1003, sostiene que "la autoría mediata es la hija predilecta del pensamiento fenomenológico".

profundizar al respecto, sí conviene dejar sentado que considero necesario seguir manteniendo la distinción entre formas de autoría. Y no, únicamente, porque así lo haya establecido el legislador, sino porque hay razones dogmáticas que lo aconsejan. Sin ir más lejos, los criterios de imputación que sirven para explicar la autoría varían en función de que el sujeto actúe por sí solo, conjuntamente o por medio de otro. Concretamente, en la autoría mediata la falta de relevancia penal de la ejecución material para la persona de delante deriva de un déficit de conocimiento o de libertad provocado por el sujeto de detrás. No sucede lo mismo, en cambio, en los casos denominados por la doctrina de «instrumento doloso no cualificado», en los que es el propio legislador quien excluye al ejecutor del círculo de posibles autores, negando relevancia a *su ejecución*, no siendo necesario acudir aquí a la autoría mediata, pudiéndose apreciar una autoría directa.[7] Por otro lado, definir y concretar la extensión de la autoría mediata, además de ser analíticamente más distintivo, permite establecer límites respecto a figuras afines como la inducción, cuyas fronteras a menudo se presentan difusas.

La doctrina dominante suele adentrarse en esta figura, distinguiendo casos de autoría mediata, lo que puede resultar de utilidad a efectos pedagógicos.[8] Sin embargo, hay que evitar la formación de grupos de casos partiendo del déficit que presenta el instrumento (instrumento que actúa atípicamente, justificadamente, inculpablemente, etc.).[9] Y ello porque estas clasificaciones no explican el verdadero fundamento de la responsabilidad del sujeto de detrás. Solo tienen en cuenta al instrumento. Más concretamente, se centran en el defecto del ejecutor material. Como señala MIR PUIG, "lo decisivo es aquí la relación existente entre el autor mediato y la persona de que se sirve: la relación ha de ser tal que invierta los papeles que normalmente corresponden al realizador material y a la persona de atrás".[10] La pregunta clave es: ¿por qué razón se invierten los papeles? La respuesta, que lleva directamente a plantearse el fundamento de la responsabilidad del autor mediato, no puede ser otra que la *instrumentalización* como medio de comisión del delito. Instrumentalizar supone manipular la situación, generando un déficit de conocimiento o de un déficit de libertad en el ejecutor, que permite contar con la lesión del bien jurídico en términos normativos y no de mera probabilidad estadística. Cabe advertir que la instrumentalización no es exclusiva de la autoría mediata pues aparece también en supuestos de ausencia de acción en el ejecutor, donde la instrumentalización alcanza un grado máximo.[11] Sin embargo, un cierto grado de instrumentalización debe concurrir en toda autoría mediata, pues es lo que explica la inversión de roles entre la persona de detrás y la de delante.[12]

---

[7] No obstante, a favor de seguir manteniendo la autoría mediata en estos casos, MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., 2016, 14/58.

[8] Vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., 2016, 14/55 ss.

[9] En este sentido, FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2019, 10/56, quienes consideran que los déficits mencionados no son ni condición necesaria ni suficiente para hacer responsable como autor al hombre de detrás.

[10] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., 2016, 14/51. No obstante, este autor sigue la clasificación tradicional, que parte del déficit del instrumento.

[11] La utilización de una persona cuya voluntad queda completamente anulada nos remite a la autoría inmediata individual o unipersonal. Son casos en los que ni siquiera se aprecian alternativas de acción, y sin ellas no es posible establecer una relación de autoría en sentido jurídico-penal.

[12] De ahí, que sea rechazable la utilización por parte del Tribunal Supremo de la autoría mediata en algunos supuestos de codelincuencia en delitos patrimoniales y en delitos contra el medio ambiente en los que no se aprecia ningún tipo de instrumentalización (vid. SSTS 1022/2012, 19-12; 852/2012, 30-10; 152/2012, 02-05; 68/2018, 07-02).

3. La comisión de un delito de aborto en autoría mediata

Como es bien sabido, la regulación actual del aborto procede de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (LOIVE). Entre las distintas modalidades típicas previstas en el Código penal, el aborto provocado dolosamente por un tercero sin consentimiento es, sin duda, el supuesto más grave. Viene recogido en el art. 144 CP y tiene prevista una pena de prisión de cuatro a ocho años, además de la pena de inhabilitación especial de tres a diez años. En el segundo apartado del precepto el legislador extiende esa misma pena a los supuestos en que el consentimiento se obtiene mediante violencia, intimidación o engaño (consentimiento viciado). Hay consenso en la doctrina en cuanto a que el bien jurídico protegido en este delito es de carácter pluriofensivo, pues no se ataca solo la vida humana dependiente, sino también la libertad y la dignidad de la mujer gestante.[13] De ahí que la pena sea la más elevada de las distintas modalidades de aborto.

Como se ha visto, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia que condena a las acusadas por un delito de aborto del art. 144 CP, rechazando la tesis planteada por las recurrentes que niega la posibilidad de ser consideradas autoras «al no haber participado directamente en la ejecución del hecho». El Tribunal Supremo deja atrás las superadas teorías objetivo-formales y parte de que el Código penal reconoce «que no solo es autor quien ejecuta el verbo típico, sino que también pueden serlo otros que intervienen en el hecho delictivo». Asimismo, entiende que el delito de aborto, como delito «puramente de resultado», puede ser cometido en autoría mediata, interpretando que el hecho de que el art. 144 CP no exija unas características determinadas en la descripción de la conducta típica, «confiere al tipo penal la amplitud necesaria para abarcar esta forma de autoría». El Tribunal Supremo también hace suyo el argumento empleado por la Audiencia para admitir la autoría mediata de las acusadas, consistente en afirmar que «actuaron conjuntamente para conseguir su propósito, el aborto de la víctima, (…), que fue practicado sin su consentimiento, pues el mismo estaba viciado, obtenido bajo amenaza evidente (…), resultando obvio para el Tribunal que el personal sanitario no tenía conocimiento de la ausencia de consentimiento de la embarazada, por lo que los mismos actuaron como mero instrumento de las verdaderas autoras del delito de aborto, las acusadas».

La autoría de las acusadas se explica en la sentencia a partir de la teoría del dominio del hecho, desarrollada por ROXIN en los años 60 del siglo XX y acogida con relativa frecuencia por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la delimitación entre autoría y participación.[14] Concretamente, se echa mano de la fórmula diseñada por ROXIN del dominio de la voluntad para fundamentar la autoría del hombre de detrás en la autoría mediata.[15] Así, claramente, cuando se afirma que las acusadas «controlaban la acción delictiva, amenazando e incluso golpeando a la testigo protegida, las cuales planificaron la interrupción del embarazo, la obligaron a ir a las clínicas a que le practicaran el mismo, donde siempre la acompañaron, y engañaron al personal sanitario sobre el libre consentimiento de la misma».

[13] Vid. FELIP I SABORIT, «El aborto», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., 2019, p. 61 s.; CARBONELL MATEU, «Aborto», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte especial,* 5ª ed., 2016, p. 64.

[14] Vid. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª ed., 1963 (existe actualmente una 10ª ed., 2019).

[15] Vid. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., 2019, pp. 157 ss., 804 ss.

A mi juicio, la solución a la que llega el Tribunal Supremo es correcta. Sin embargo, la argumentación que le sirve de base merece algunas consideraciones. Además, y quizás más importante, la sentencia deja de lado algunos aspectos que debieron ser tenidos en cuenta.

A la hora de resolver este caso, es necesario centrar el análisis de la responsabilidad en distintas personas: a) las mujeres que amenazan; b) la mujer embarazada; y c) los médicos.

a) En cuanto a la responsabilidad de las mujeres que amenazan, cabe plantear varias objeciones a la sentencia: en primer lugar, se describe el tipo de aborto como un delito «puramente de resultado». Y de ahí se infiere la posibilidad de que las acusadas cometan el delito en autoría mediata, lo que puede dar lugar a entender que dicha posibilidad queda excluida para el resto de los delitos. Dicha conclusión choca con la tesis más extendida en la doctrina según la cual, salvo que se trate de un delito de propia mano, cualquier delito puede ser cometido en autoría mediata.[16] En realidad, para apreciar esta figura, no hace falta ni un tipo de resultado ni resultativo. Los delitos de medios determinados y los de mera actividad también pueden ser cometidos en autoría mediata.[17]

En segundo lugar, pese a lo que pudiera pensarse, la autoría mediata no exige un control efectivo de la voluntad ajena, ni se caracteriza, como dice la sentencia, "por el dominio de la voluntad del otro", cuestión empírica a menudo inconstatable. De apostar por emplear el dominio del hecho como criterio delimitador entre autoría y participación, parece conveniente abandonar la perspectiva naturalística. El dominio, al igual que la realización típica, debe ser interpretado normativamente, orientándose a la imputación del hecho y no al control fáctico del proceso.[18] En nuestro caso, parece claro que las acusadas no poseen un control efectivo de la situación en los mismos términos que si lo ejecutaran ellas mismas de propia mano porque se interpone la voluntad de otras personas. En efecto, los médicos podrían haber decidido no practicar la intervención y la propia víctima no someterse a la misma, asumiendo las consecuencias.

En tercer lugar, el fundamento de la responsabilidad como autoras mediatas de las acusadas se basa en la manipulación de la situación a través de una doble instrumentalización: la de la mujer embarazada, a través de la provocación de un déficit de libertad; y la de los médicos, a través de un déficit de conocimiento. No hay que olvidar que una de las acusadas llega a acompañar a la embarazada a la clínica para asegurarse de que esta se sometiera a la interrupción del embarazo. Los facultativos que practicaron el aborto desconocían que se trataba de un consentimiento viciado por haber sido obtenido bajo amenazas. El desconocimiento de un elemento esencial del tipo, como es aquí el consentimiento, fácilmente puede ser calificado de error de tipo invencible, siempre que no hubiera indicios de la situación de coacción a la que estaba sometida la

[16] Se entiende por delitos de propia mano aquéllos que sólo pueden ser cometidos a través de la ejecución corporal de las acciones típicas, siendo motivo de controversia la decisión acerca de qué tipos pertenecen a dicha modalidad y dónde se halla el fundamento de la realización de «propia mano». Sobre ello, críticamente, vid. MAQUEDA ABREU, *Los delitos de propia mano*, 1992, pp. 23-69.

[17] Vid. la reciente STS 338/2020, 19-06, en la que se condena como autores mediatos de una detención ilegal a dos policías nacionales que detienen y elaboran una minuta, en la que se atribuye falsamente a la detenida la posesión de una relevante cantidad de sustancia psicotrópica, además de un delito de tenencia ilícita de armas, y de la comisión de dos delitos de atentado, prolongando la detención los compañeros que redactan el atestado y acordando el Juez de instrucción la prisión provisional que dura 39 días.

[18] El dominio elevado a un plano normativo no se desvincula de la realidad que pretende regular, pero combina base fáctica con decisión jurídica.

embarazada. Cosa distinta es si los médicos que practicaron el aborto no deberían haberse negado a llevarlo a cabo ante la fase de gestación en que se encontraba la mujer, tal como hicieron en la primera clínica a la que se dirigieron para intentar practicar el aborto. Sobre esta cuestión, se volverá más adelante.

En cuarto lugar, se afirma en la sentencia que, de no admitirse esta forma de autoría, la conducta de las acusadas tampoco podría ser castigada como participación por falta de un hecho típico y antijurídico. Aunque no se diga expresamente, parece que se está pensando en el delito de aborto previsto en el art. 145.2 (aborto consentido por la mujer fuera de los casos permitidos por la ley). Las acusadas no podrían responder como inductoras ni cooperadoras necesarias de esta modalidad de aborto porque, en virtud del principio de accesoriedad (limitada) de la participación, no habría un hecho antijurídico en el que tomar parte. Lo anterior presupone entender que la conducta de la mujer embarazada es atípica, afirmación que obliga a plantearse la responsabilidad de esta última.

b) En relación con la actuación de la mujer embarazada, según consta en los hechos probados, esta «firmó los documentos para la realización del aborto, pero sin que realmente prestara su consentimiento libremente, puesto que ya había sido golpeada previamente por las acusadas, así como amenazada con causarle a ella o a miembros de su familia males físicos». Parece que está fuera de discusión que la embarazada no debe responder por el delito previsto en el art. 145.2 CP.[19] Pero interesa ver cuál es el fundamento de esa falta de responsabilidad penal. El Tribunal Supremo entiende que la conducta de la embarazada («consentir que otra persona se lo cause») es atípica por no existir un consentimiento válido. Sigue la tesis, según la cual, el consentimiento constituye en este delito un elemento negativo del tipo, cuya ausencia comporta la atipicidad de la actuación de la embarazada.[20]

En relación con lo anterior es necesario hacer dos precisiones: en primer lugar, el delito del art. 145.2 CP no establece una modalidad de comisión activa, sino que recoge un supuesto de comisión por omisión expresamente previsto en la ley.[21] La mujer no provoca su propio aborto, sino que permite que otra persona se lo cause, estando en posición de garante.[22] En segundo lugar, negar relevancia al consentimiento en supuestos como el que nos ocupa responde a razones que apuntan hacia el principio de inexigibilidad, generalmente ubicado por la doctrina en sede de culpabilidad, pero ampliamente reconocido en los delitos de omisión como excluyente de la tipicidad. En efecto, a la mujer embarazada no le es exigible resistirse a las amenazas a las que estaba siendo sometida y solucionar el conflicto de otro modo. Si presta su consentimiento para que le practiquen el aborto es porque se halla en una situación de necesidad coactiva

[19] Vid., por todos, CARBONELL MATEU, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte especial,* 5ª ed., 2016, p. 66.

[20] Así lo reconoce expresamente, ROPERO CARRASCO, «Cap. 26. Delitos contra las personas», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico Penal*, 2020, nm. 7264.

[21] Así, también, FERNÁNDEZ BAUTISTA, «Delitos contra la vida humana en formación», en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Manual de Derecho penal. Parte especial,* t. 1, 2ª ed., 2019, p. 84.

[22] No se puede entrar aquí a valorar si se trata de una responsabilidad a título de autor o de partícipe. A favor de considerar a la mujer embarazada, mencionada en el art. 145.2 CP, partícipe en comisión por omisión, RUEDA MARTÍN, «La inexigibilidad de un comportamiento conforme a derecho en los delitos de comisión por omisión: una decisión del legislador en la parte especial del código penal», *Revista General de Derecho Penal*, (33), 2020, p. 37.

provocada por las acusadas, a tratar exactamente del mismo modo que si fuera ella misma quien se hubiera producido el aborto bajo amenazas.[23]

c) Respecto a la actuación de los médicos que finalmente practicaron el aborto en la segunda clínica, una posible responsabilidad conforme al art. 144 CP queda excluida, como se ha visto, por apreciarse un error de tipo invencible provocado por las acusadas a través del déficit de libertad generado en la embarazada. Sin embargo, nada se dice en la sentencia respecto a la concurrencia de un posible delito de aborto previsto en el art. 145.1 CP, que sanciona a cualquier persona que «produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento». Bien es cierto que en este caso falta precisamente el consentimiento válido de la embarazada; pero, no es menos cierto que, en principio, nada impediría apreciar una tentativa inidónea de aborto del art. 145.1 CP. Aunque no hubiera sido objeto de acusación, podría haber sido mencionado por la propia sentencia de instancia o de casación.

4. Reflexión final

A pesar de que no se diga expresamente en la sentencia, todo parece indicar que el caso objeto de este comentario es un supuesto de coautoría mediata. Admitir una coautoría mediata no plantea problemas, siempre que no se explique en términos de ejecución conjunta del hecho, sino como realización conjunta del tipo, lo que no implica necesariamente llevar a cabo actos ejecutivos.[24] Lo contrario impediría admitir la coautoría mediata porque, por definición, el autor mediato no toma parte en la ejecución del hecho. Concebir la coautoría como realización conjunta del tipo permite apreciar una coautoría mediata en casos como el analizado en que hay mutuo acuerdo, entendido como mutuo reconocimiento de las aportaciones de cada una de las acusadas, y una determinación conjunta del hecho en sus elementos esenciales. Las acusadas son responsables tanto del déficit de conocimiento de los médicos como del déficit de libertad de la propia víctima. En la medida en que se sirven de amenazas y de engaño para manipular la situación, apropiándose de este modo de la decisión ajena, se las percibe como las configuradoras principales del delito. Se trata de una coautoría mediata horizontal porque se reparten las distintas contribuciones en un plano de igualdad.

[23] Vid. STS 178/2016, 03-03, en la que se condena por delito de aborto a quienes presionan a una mujer embarazada, obligada a ejercer la prostitución, a que ingiera una sustancia abortiva, produciendo la pérdida del feto.

[24] A favor de admitir la autoría no ejecutiva, ROBLES PLANAS, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret,* (2), 2012, pp. 3 ss.; EL MISMO, «La autoría no ejecutiva» (editorial), *InDret*, (2), 2012, partiendo acertadamente este autor de que la ejecución es un concepto que vincula a todos los intervinientes; EL MISMO, *Polít. Crim*., (15-30), 2020, pp. 993 ss.

InDret
2.2021

La COVID-19 se cobra una nueva víctima en Italia: el derecho a la irretroactividad desfavorable de las normas penales

Comentario a la Sentencia de la Corte Constitucional italiana 278/2020, de 18 de noviembre

Albert Estrada i Cuadras
Universitat Pompeu Fabra
albert.estradac@upf.edu

-

1. Antecedentes

Italia fue el primer país de la Unión Europea en padecer los estragos causados por la COVID-19. En su primera oleada de contagios, en marzo de 2020, el Gobierno italiano se vio obligado a tomar medidas drásticas en materia de movilidad e interacción social, a fin de intentar doblegar la desbocada curva de infecciones.

Entre tales precauciones se contó la suspensión de una buena parte de la actividad de la Administración de Justicia, con la consecuente paralización de plazos y procedimientos judiciales.

La medida se articuló a través de varios *Decretos Legge* —disposiciones normativas aprobadas por el Ejecutivo— en los que se establecía expresamente la suspensión de los plazos de prescripción penal durante un periodo de tiempo determinado. El plazo de suspensión más largo, con efectos en toda la Península Apenina, fue de 64 días (del 9 de marzo al 11 de mayo).

El legislador convalidó la medida, convirtiendo en *Legges* —disposiciones aprobadas por el Parlamento— los decretos aprobados de urgencia por el Gobierno.

De acuerdo con la redacción de la normativa aprobada, la suspensión de los plazos de prescripción penales se podía aplicar en procedimientos ya iniciados. Habría podido tener sentido restringirla a los de nueva iniciación —piénsese en infracciones penales con un plazo de prescripción muy breve, como el de nuestros delitos leves, de un año—, pero es evidente que los procedimientos en los que más necesaria resultaba la medida eran aquellos en los que el plazo de prescripción se estaba a punto de agotar.

Teniendo en cuenta que, en Italia, como en España, el Tribunal Constitucional había manifestado en reiteradas ocasiones que las normas de la prescripción penal tienen naturaleza sustantiva,[1] la nueva normativa levantó dudas sobre su compatibilidad con el derecho a la irretroactividad de las normas penales desfavorables,[2] integrante del derecho a la legalidad penal, previsto en el artículo 25.II de la *Costituzione* italiana y en el 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante).

En efecto, la suspensión de los plazos de prescripción a procedimientos ya iniciados sobre la base de normas aprobadas tras la comisión del delito, incluso tras la iniciación del procedimiento judicial, suponía, una ampliación (medida, por tanto, desfavorable) retroactiva de los plazos de prescripción.

Las dudas sobre la constitucionalidad de la normativa aprobada no tardaron en llegar al Tribunal Supremo italiano. En julio de 2020, las Secciones penales 3.ª y 5.ª de la *Corte di Cassazione* tuvieron que pronunciarse sobre su compatibilidad con el artículo 25.II de la *Costituzione*.[3]

Ambas Secciones coincidieron en su conclusión: la normativa de emergencia suspensiva de la prescripción penal es compatible con el principio de legalidad. Ahora bien, las vías de fundamentación de esta conclusión fueron sustancialmente distintas.

La Sección penal 5.ª hizo pivotar su argumentación en torno al artículo 159 del *Codice penale*. En este precepto se establece que «[e]*l cómputo de la prescripción permanece suspendido en cada caso en el que la suspensión del procedimiento o del proceso penal o el plazo de la custodia cautelar viene impuesto por una determinada disposición legal*».[4]

Según la Sección 5.ª, la normativa de emergencia aprobada a raíz de la COVID-19 solamente concretaría la causa general de suspensión del plazo de la prescripción penal prevista en el artículo 159 del *Codice penale*, a saber: la suspensión del procedimiento jurídico-penal. Estando prevista *ex ante* esta causa general de suspensión de la prescripción penal, su concreción mediante normas posteriores a la comisión del delito no constituiría una vulneración de las garantías previstas por el derecho a la legalidad penal.[5]

La Sección 3.ª criticó duramente esta línea de argumentación. A juicio de esta Sala, resolver el problema en tales términos supone "esquivar subrepticiamente el principio de irretroactividad *in peius*".[6] En su lugar, esta sección cogió el toro por los cuernos y reconoció que la normativa aprobada de emergencia suponía una relativización del derecho a la irretroactividad de las

---

[1] Véase, por todas, la *Sentenza* de la *Corte Costituzionale* nº 115/2018, de 10 de abril, considerando n.º 10.

[2] MALAGNINO, «Sospensione dei termini nel procedimento penale in pandemia da COVID-19», *Giurisprudenza Penale,* (4), 2020, pp. 1-31.

[3] Véanse la *Sentenza* de la Secc. 3.ª n.º 21367/2020, de 2 de julio y la *Sentenza* de la Secc. 5.ª n.º 25222/2020, de 14 de julio.

[4] Traducción del autor. El original versa como sigue: «Il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare e' imposta da una particolare disposizione di legge».

[5] Véanse los razonamientos jurídicos 8.º y 9.º de la *Sentenza* de la Secc. 5.ª n.º 25222/2020, de 14 de julio.

[6] Traducción del autor: «Tale esegesi —come peraltro osservato anche dalla dottrina—, si risolverebbe in un surrettizio aggiramento del principio di irretroattività in peius» (FJ 6.5.º; subrayado añadido).

normas penales desfavorables, tradicionalmente concebido como un derecho absoluto, imponderable. No obstante, la Sala consideró que, dadas las circunstancias del caso concreto (situación de necesidad derivada de una catástrofe natural, estricta limitación temporal de la suspensión, etc.), la restricción del derecho a la legalidad penal constituye un "*sacrificio necessario*" (FJ 6.7.º).

La principal crítica a esta resolución, ya formulada en un comentario publicado en el anterior número de esta revista,[7] consiste en lamentar la pobreza del juicio de proporcionalidad efectuado por la Sala. En algunos aspectos, la ponderación resulta sospechosamente arbitraria, pues se identifican como derechos contrapuestos el derecho a la vida y a la integridad física de las personas, por un lado, y el derecho del justiciable a la reinserción, el olvido, etc. (consideraciones que fundamentan la prescripción de los delitos y de las penas), por otro. Se dice que el sacrificio del derecho a la legalidad habría sido necesario para preservar la salud e integridad física de los ciudadanos, en particular la de los intervinientes en la Administración de Justicia. Los magistrados llegan a señalar que la medida suspensiva tiene por finalidad proteger la vida e integridad física del propio imputado y su abogado (FJ 6.6.º).

No obstante, es evidente que no son estos los derechos o intereses en liza, puesto que la protección del derecho a la vida y a la integridad física de las personas se puede maximizar sin necesidad de limitar el derecho a la legalidad penal del justiciable con una ampliación retroactiva de los plazos de prescripción. El Estado puede renunciar a la persecución de los delitos que hayan prescrito durante la suspensión de la Administración de Justicia por razones sanitarias.

El verdadero conflicto lo protagonizan el interés del procesado en quedar exento de responsabilidad penal por el efecto del transcurso del tiempo y el interés general en la persecución de los delitos. Pero, como es obvio, este conflicto no es de tan fácil resolución como el anterior, en el que el derecho a la vida claramente prevalece. En el verdadero conflicto se contraponen un interés individual contra uno colectivo y, como es sabido, en un Estado de raigambre auténticamente liberal los derechos e intereses individuales prevalecen, por regla general, frente a los colectivos, sin que en el caso particular existan razones para que la solución del conflicto se desvíe de esta regla.[8]

Pese a las divergencias en las vías de fundamentación seguidas, las Secciones penales de la *Corte di Cassazione* coincidieron en considerar que las dudas de legitimidad constitucional respecto de la normativa suspensiva aprobada eran manifiestamente infundadas (juicio de la "*manifesta infondatezza*"), por lo que no era procedente elevar al Tribunal Constitucional las cuestiones planteadas por los justiciables.

Algo ciertamente llamativo, especialmente para la Sección 3.ª, que en su propia sentencia reconoció que su planteamiento choca con la doctrina de su Tribunal Constitucional. La misma Sección 3.ª citó en su resolución un precedente de la Corte constitucional en el que ésta afirmaba explícitamente que el derecho a la irretroactividad de las normas penales desfavorables no admite derogaciones ("*non tollera deroghe*" — razonamiento jurídico 6.7.º).

---

[7] ESTRADA I CUADRAS/GERMANO, «¿El derecho a la irretroactividad penal desfavorable es inmune a la COVID-19?», *InDret,* (4), 2020, pp. 525-534.

[8] Para una mayor fundamentación de la crítica expuesta en el texto véase ESTRADA I CUADRAS/GERMANO, *InDret,* (4), 2020, pp. 529-533.

La negativa del Tribunal Supremo italiano no impidió que algunos tribunales ordinarios formularan cuestión de constitucionalidad ante la *Corte Costituzionale*. Este fue el caso del *Tribunale ordinario di Siena*, del *Tribunale ordinario di Spoleto* y del *Tribunale ordinario di Roma*. Entre los tres plantearon cuatro dudas de inconstitucionalidad, preguntando al máximo intérprete de la constitución italiana si la normativa aprobada era conforme con el art. 25.II de la *Costituzione*, con el art. 7 CEDH y con el art. 49 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea.

En su Sentencia n.º 278/2020, de 18 de noviembre, el Tribunal Constitucional italiano declaró admisibles y resolvió las cuatro cuestiones de constitucionalidad mencionadas.

2. Razonamientos jurídicos de la *Corte Costituzionale*

Los razonamientos jurídicos de la *Corte* comienzan por reiterar el carácter sustantivo de las normas que regulan la prescripción penal (FJ 9.º). Asimismo, el Tribunal recupera uno de sus precedentes para subrayar que la garantía de legalidad penal es un «*valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali*» (FJ 10.º).

A partir de aquí la Corte constitucional prepara el terreno para hacer suya la tesis defendida por la Sección penal 5.ª de la *Corte di Cassazione*, consistente en admitir la ampliación retroactiva del plazo de prescripción de un delito al amparo del artículo 159 del *Codice penale*, entendiendo que ello deja intacto el derecho a la legalidad penal.

La Corte empieza advirtiendo de que el derecho del justiciable a conocer el horizonte temporal del procedimiento penal seguido contra él no implica la prerrogativa de poder determinar, *ex ante*, el *dies ad quem* en el que madurará la prescripción de su delito (FJ 9.º).

A continuación, subraya el carácter diacrónico de la punibilidad, no solo en su aspecto sustantivo (dependiente de la calificación que finalmente se haga del hecho, por ejemplo), sino también en su aspecto procesal, dado que el ordenamiento prevé causas de interrupción o suspensión del procedimiento que, a su vez, interrumpen o suspenden el cómputo del plazo de prescripción. No siendo tales causas controlables por el justiciable, resulta evidente que éste jamás podrá determinar *ex ante* el momento exacto en el que va a prescribir su delito (FJ 10.º).

Dicho esto, el Tribunal procede a convalidar la interpretación del artículo 159 del *Codice penale* como un precepto bisagra, en palabras de la propia Corte, que por un lado contiene una cláusula general de suspensión de la prescripción, por razón de la paralización del procedimiento, y, por otra, contempla un catálogo de casos particulares de suspensión.

Entre estos casos particulares estarían los previstos por las concretas disposiciones legales que se aprueben en tal sentido. Según el Tribunal, la integración de la cláusula general mediante disposiciones legales particulares, incluso cuando éstas sean posteriores a la comisión del delito enjuiciado, es conforme con el artículo 25.II de la *Costituzione* siempre y cuando estas disposiciones respeten el principio de duración razonable del procedimiento (previsto en el art. 111.II de la Constitución italiana), así como los principios de razonabilidad y proporcionalidad (previstos en el art. 3.I de la misma norma).

A su juicio, esta técnica legislativa respetaría la garantía de reserva de Ley, pues el art. 159 del *Codice* prevé la suspensión del cómputo de la prescripción de los delitos cometidos tras su entrada en vigor, cuando los procedimientos penales seguidos por estos delitos sean suspendidos por razón de una disposición legal que así lo establezca. También respetaría la garantía de irretroactividad, en la medida en que solamente se pueden suspender los procedimientos durante un periodo de tiempo posterior a la entrada en vigor de la normativa suspensiva (se podría pretender suspender el plazo de prescripción respecto de un periodo de tiempo previo a la aprobación de la Ley). Por último, el modelo resultaría respetuoso con la garantía de la predeterminación del horizonte temporal del proceso penal, en la medida en que el justiciable podía saber, *ex ante*, que las causas de suspensión del procedimiento conllevan, por regla general, la suspensión de la prescripción.[9]

Para reforzar su discurso, la Corte esgrime que la suspensión legítima del procedimiento penal debe comportar la suspensión de la prescripción de los delitos y de las penas. De lo contrario, existe el riesgo de que el delicado equilibrio entre los intereses contrapuestos conseguido con la normativa de la prescripción penal se vea alterado desmesuradamente a favor del reo, en perjuicio de los demás intereses en conflicto. El Tribunal añade que sería inútil que una determinada disposición legal con la que se suspendieran los procedimientos penales como consecuencia obligada de una situación de emergencia colectiva puntual, solamente suspendiera la prescripción de los delitos cometidos tras su entrada en vigor. En estos casos el plazo de la prescripción estaría muy lejos de la fecha de vencimiento, por lo que la suspensión sería innecesaria (FJ 13.º).

Sentadas las premisas jurídico-dogmáticas, el Tribunal procede a analizar la conformidad con el derecho a la legalidad penal de las concretas disposiciones legales aprobadas a raíz de la pandemia de la COVID-19 (FJ 14.º). Según el parecer de la Corte, las concretas disposiciones legales suspensivas del plazo de prescripción de los delitos son conformes con el art. 25.II del *Costituzione* porque respetan el principio de duración razonable del proceso (solamente se amplía el plazo durante 64 días) y porque respetan los principios de razonabilidad y proporcionalidad (la medida se adopta para preservar la vida y la integridad física de las personas, lo cual justificaría la restricción del derecho a la legalidad sin necesidad de mayores consideraciones).

En cuanto a las cuestiones planteadas por los tribunales ordinarios en relación con el art. 7 CEDH y el art. 49 TFUE, la *Corte Costituzionale* las despacha de un plumazo, con razón. Respecto del art. 7 CEDH, el Tribunal Constitucional italiano recuerda que, por regla general, la Corte de Estrasburgo deja fuera del ámbito de protección del derecho a la legalidad penal a las normas relativas a la prescripción, que considera de naturaleza procesal (FJ 19.º). En cuanto al art. 49 TFUE, señala que solamente es invocable en aquellos supuestos de hecho enmarcados en el ámbito de aplicación del Derecho europeo, no siendo el caso de ninguno de los procedimientos en el marco de los cuales se plantearon las cuestiones de legitimidad de la normativa de emergencia (FJ 20.º).

[9] En la doctrina italiana, a favor de la solución de la Corte, véanse PULITANÓ, «Il Problema fra Principi Costituzionali e Politica», *Sistema Penale,* (3), 2021, pp. 21-31; GATTA, «'Tolleranza tra principi' e 'principi intolleranti'. L'emergenza sanitaria da Covid-19 non legittima deroghe al principio di irretroattività in malam partem», *Sistema Penale*, 22/7/2020.

3. Valoración crítica

La resolución del Tribunal Constitucional italiano merece una valoración muy crítica. No tanto por la solución alcanzada, sino por la forma en la que la fundamenta.

En primer lugar resulta poco honesto que la Corte reafirme con solemnidad el carácter sustantivo de las normas de la prescripción penal y a renglón seguido subvierta las consecuencias indeseadas que ello conlleva para el interés general en la persecución de los delitos mediante la consideración como procesales de una parte de las normas que regulan este instituto.

Las normas relativas a la suspensión de la prescripción penal forman también parte de este instituto jurídico, que la Corte ha considerado de naturaleza sustantiva, sin distinciones. La consideración de este tipo de normas como disposiciones de naturaleza procesal, desprovistas de la protección del derecho a la legalidad penal, se puede plantear,[10] pero no cabe darla por supuesta sin ningún tipo de argumentación que la sustente.

La falta de honestidad se pone de nuevo de manifiesto cuando la Corte invoca un fragmento de uno de sus precedentes, en el que proclama el carácter imponderable del derecho a la legalidad penal, para, acto seguido, admitir la ampliación retroactiva de los plazos de prescripción penal siempre y cuando sean respetuosos con los principios de duración razonable del proceso y con los de razonabilidad y proporcionalidad. Si la ampliación retroactiva debe respetar tales principios será porque implica la restricción de otro derecho o interés —a saber: el derecho a la irretroactividad de la norma penal desfavorable— cuya restricción debe estar justificada. Luego la Corte está reconociendo implícitamente que su modelo interpretativo supone una derogación parcial del derecho a la legalidad penal.[11]

En segundo lugar, la negación de que el modelo interpretativo adoptado suponga una restricción del derecho a la legalidad penal provoca que el inevitable juicio de proporcionalidad sea raquítico. Lo peor es que la Corte no acierta ni en la identificación de los derechos o intereses en liza. Al igual que sucedió con la Sección penal 3.ª de la *Corte di Cassazione*, el Tribunal Constitucional italiano considera que la restricción del derecho a la legalidad se justifica por la preservación del derecho a la vida e integridad física de los ciudadanos. Pero como ya se ha comentado en este texto y en el previo comentario a la *Sentenza* de la Sección penal 3.ª,[12] el verdadero conflicto se da entre el derecho a la legalidad penal y el interés general en la persecución de los delitos.

Una vez identificado el conflicto, con un análisis mínimamente concienzudo, de la mano de las herramientas que la ciencia jurídica ha puesto a nuestra disposición desde hace décadas,[13] es fácil

[10] En este sentido véase BARTOLI, «Irretroattività e prescrizione: proposta di una soluzione in vista della Corte Costituzionale», *Sistema Penale*, 12/10/2020.

[11] En este sentido véase MADIA, «La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 278 del 2020, salva la disciplina in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19», *Giurisprudenza Penale,* (12), 2020, p. 8.

[12] ESTRADA I CUADRAS/GERMANO, *InDret,* (4), 2020, pp. 529-533.

[13] Así, por ejemplo, ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1985 (1993); EL MISMO, «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales (1)», *Revista Española de Derecho Constitucional,* (66), 2002, pp. 31-49.

demostrar que en el caso que nos ocupa hay buenas razones para considerar que el derecho a la legalidad penal prepondera frente al interés general en la persecución de los delitos.[14]

La Corte reprende a los tribunales ordinarios que le elevaron cuestión de constitucionalidad el hecho de haber dejado transcurrir casi la totalidad del plazo de prescripción, de modo que 64 míseros días de suspensión del cómputo resultaran decisivos para poder condenar a los acusados. Sin embargo, pese a que detrás de esta crítica está un reconocimiento de que la situación de necesidad es, en parte, imputable a un funcionamiento deficiente de la Administración de Justicia, la Corte da por supuesto que los costes de la catástrofe natural deben recaer sobre las espaldas de los procesados. Ni un solo argumento ofrece la Corte Constitucional de por qué la suspensión del funcionamiento de la Administración de Justicia por razón de una catástrofe natural no puede conllevar la extinción de la responsabilidad penal por los delitos prescritos durante la paralización de la actividad. Conviene recordar que las razones que fundamentan la extinción de responsabilidad por prescripción (menores necesidades preventivo-generales de imposición de la pena, razones de reinserción social, etc.) concurren en estos casos.

Es preocupante que el máximo garante (a nivel interno) de los derechos fundamentales de las italianas e italianos ni tan siquiera se plantee la posibilidad de hacer cargar tales costes a la colectividad, dando por supuesto que el peso de la desgracia debe recaer sobre la persona procesada.

[14] Véase ESTRADA I CUADRAS/GERMANO, *InDret,* (4), 2020, pp. 529-533.

InDret
2.2020

Crisis, delincuencia y penalidad

José Á. Brandariz
Universidade da Coruña

Ignacio González Sánchez
Universitat de Girona
-

Sumario
-
Este artículo aborda una de las cuestiones fundamentales del análisis económico del campo punitivo: la influencia de las crisis económicas sobre el delito y la penalidad. Las crisis económicas ni producen necesariamente un incremento de la delincuencia (al menos no de todas las tipologías de delito) ni generan siempre un aumento de la punitividad. De forma más específica, los estudios empíricos sobre el efecto de las diversas crisis económicas (la Gran Depresión, la crisis de los años 70 o la reciente Gran Recesión) muestran un panorama ambiguo en materia de evolución de la delincuencia y de la penalidad. El artículo aborda esta materia en su complejidad. Por una parte, analiza el debate académico sobre la influencia de las crisis económicas y de sus efectos más relevantes (como el incremento del desempleo) sobre la penalidad. Por otra, el texto se aproxima al estudio de caso más novedoso: la evolución de la punitividad y de la delincuencia en el contexto de la Gran Recesión iniciada en 2007-2008.

Abstract
-
The influence of economic crises on crime and penality is one of the fundamental issues in economic analysis of the punitive field, and the topic has been explored from various perspectives in a wide range of criminology theories. Economic crises do not necessarily produce an increase in crime (at least not in all types of crime), nor do they always lead to an increase in punitiveness. Indeed, empirical studies about the effect of diverse economic crises (the Great Depression, the oil crisis of the 1970s, and the recent Great Recession) reveal an ambiguous panorama of the evolution in crime and penality. The impact of economic turmoil on crime and punishment should be examined in all its complexity. This article explores at the outset the relation between economic crises and crime, and then examines the relation between economic crises and penality. Subsequently, it details the effect of the recent Great Recession on both crime and punishment.

Title: *Economic crises, crime, and penality*
-
Palabras clave: crisis económica, delincuencia, penalidad, Gran Recesión, análisis económico del delito, economía política de la pena
Keywords: *economic crises, crime, penality, Great Recession, economic analysis on crime, political economy of punishment*
-

Índice

-

1. *Crisis y delincuencia*
2. *Crisis y penalidad*
3. *Delincuencia, penalidad y Gran recesión*
4. *Revisión de la literatura y otras fuentes*
5. *Bibliografía*

-

Este artículo* aborda una de las cuestiones fundamentales del análisis económico del campo punitivo: la influencia de las crisis económicas sobre el delito y la penalidad. En principio, la perspectiva más intuitiva señala que las crisis económicas, con sus graves efectos en materia de incremento del desempleo, de aumento de la pobreza y de generación de desigualdad, favorecen el crecimiento de las tasas de delincuencia. Del mismo modo, diversas orientaciones de pensamiento económico sobre la penalidad (aunque no todas, como sucede en el caso de la *Law and Economics*) entienden que las crisis económicas tienden a producir un endurecimiento del castigo y el consiguiente incremento de las tasas de encarcelamiento.

Sin embargo, la literatura académica especializada destaca que esta perspectiva general dista de ser una realidad en todos los casos. Las crisis económicas ni producen necesariamente un incremento de la delincuencia (al menos no de todas las tipologías de delito) ni generan siempre un aumento de la punitividad. De forma más específica, los estudios empíricos sobre el efecto de las diversas crisis económicas (la Gran Depresión, la crisis de los años 70 o la reciente Gran Recesión) muestran un panorama ambiguo en materia de evolución de la delincuencia y de la penalidad.

El artículo aborda esta materia en su complejidad. Las tasas de delincuencia y de encarcelamiento rara vez correlacionan, ya que éstas se ven más influenciadas por un conjunto de factores políticos, sociales, culturales y económicos que por los cambios en los patrones delictivos. Para examinar los efectos de los condicionantes económicos en el campo penal, por lo tanto, el análisis de las crisis económicas y la delincuencia se debe separar de los análisis de las crisis económicas y la penalidad. Desafortunadamente, hay una escasez de literatura académica y de datos empíricos sobre las implicaciones de las crisis financieras previas al siglo XXI en la delincuencia y el castigo. Por ello, la reciente Gran Recesión es de gran utilidad para comprender las consecuencias que tienen los períodos de caos económico en la delincuencia y la punitividad.

Consecuentemente, este artículo explora la relación entre crisis económicas y delincuencia, por un lado, y entre crisis económicas y penalidad, por el otro. Con posterioridad, se aborda el efecto de la Gran Recesión tanto en la delincuencia como en la penalidad.

1. Crisis y delincuencia

Especialmente desde 70, los investigadores se han preocupado de analizar la posible existencia de algún vínculo entre la delincuencia y las crisis económicas. Para poder aventurar si la delincuencia cambia, y cómo, en épocas en las que la economía va mal, es necesario considerar algunas premisas sobre qué factores influyen en la delincuencia.

La mayoría de las teorías etiológicas sugieren que en etapas recesivas sería esperable un aumento de la delincuencia. Así, se ha señalado que las teorías de la frustración (en su vertiente de anomia y en la de privación relativa) pueden explicar que la reducción de medios legítimos para alcanzar los "fines culturales" promueva la comisión de actividades delictivas, especialmente cuando los miembros de los grupos más discriminados perciban que la crisis no

* Publicado originalmente como José Á. BRANDARIZ e Ignacio GONZÁLEZ-SÁNCHEZ (2018), "Economic crises, common crime, and penality", en *Oxford Research Encyclopedia of Criminology* (https://oxfordre.com/criminology). El contacto con los autores se puede realizar a través de las siguientes direcciones de email: jose.angel.brandariz@udg.es y nacho.gonzalez@udg.edu.

afecta por igual a todos los sectores. De acuerdo con las teorías del control, la pérdida de empleo o un episodio de recesión pueden afectar al apego, a las creencias sobre la legitimidad y a la entrega. También los enfoques de la reacción y del conflicto parecen predecir que el sistema penal actuará más intensamente sobre determinadas poblaciones (ver BOX, 1987; REINER, 2007; HALE, 2013).

Por el contrario, la teoría de las actividades rutinarias predice un descenso de la delincuencia en las fases de crisis. Se espera que, al aumentar el número de personas desempleadas, se incremente lo que esta teoría llama "guardianes capaces", esto es, personas que no van a trabajar y cuya presencia en casa tiene efectos preventivos. A su vez, al ser un contexto económico desfavorable, también se espera que la disponibilidad de objetos idóneos para delinquir se reduzca, como efecto de la propia contracción del consumo (COHEN, FELSON y LAND, 1980).

Buena parte de la literatura, sobre todo a partir del trabajo de CANTOR y LAND (1985), agrupa las teorías en la materia en dos grandes ámbitos: el de la motivación y el de la oportunidad. Desde esta perspectiva, las crisis actuarían aumentando la motivación para delinquir, pero reduciendo las oportunidades de hacerlo. Dicho de otro modo, teóricamente hay motivos para predecir que la delincuencia aumentará, pero también para pensar que disminuirá (CANTOR y LAND, 1985; WEATHERBURN y SCHNEPEL, 2015; ARVANITES y DEFINA, 2006).

A continuación, se verá la evidencia empírica, pero se puede adelantar que no es concluyente. De hecho, en la literatura se llegó a hablar de la existencia de un "consenso sobre la duda" (CHIRICOS, 1987). Se ha argumentado que puede ser que las tendencias contradictorias (motivación y oportunidad) lleguen a anularse mutuamente, compensándose los efectos de una motivación creciente con los de una oportunidad decreciente. No obstante, se ha teorizado también que estas tendencias pueden actuar en momentos distintos, teniendo la crisis un impacto a corto plazo en la reducción de oportunidades de delinquir y otro a medio plazo, de aumento de la motivación para delinquir (CANTOR y LAND, 1985). De hecho, ha habido algunos esfuerzos por comprobar esta idea empíricamente (BRITT, 1994). También se ha señalado que la relación entre estas dos tendencias depende del caso concreto (HALE, 2013; ver también CRUTCHFIELD, 2014).

Antes de avanzar, es necesario señalar que la mayoría de estudios no ha tratado directamente los efectos de la crisis sobre la delincuencia, sino los del desempleo, o los de situaciones económicas desfavorable –o, incluso, el efecto de situaciones económicas favorables (HALE, 1989a; ARVANITES y DEFINA, 2006)-. Otro problema es el uso casi exclusivo de estadísticas oficiales para medir la delincuencia, algo que parece particularmente cuestionable en época de crisis (BOX, 1987).

La cantidad de estudios dedicados a esta materia es amplia, y es habitual encontrar metaanálisis que intentan evaluar las pruebas (CHIRICOS, 1987; LONG y WITTE, 1981). La mayoría de estudios se refieren al ámbito anglosajón, y casi todos ellos a EEUU. Siguiendo a CHIRICOS (1987), los estudios se pueden clasificar a partir de tres ejes: tipo de delito, método de análisis utilizado y período temporal.

En cuanto al *tipo de delito*, la literatura ha tendido a confirmar un incremento de la criminalidad en relación con delitos contra la propiedad y callejeros (fundamentalmente, robos) (COOK y ZARKIN, 1985; CHIRICOS, 1987; FITZGERALD y HALE, 2013). No obstante, para delitos violentos u

homicidios no se ha encontrado en general apoyo empírico (COOK y ZARKIN, 1985). Hay estudios, no obstante, que han comprobado una tendencia creciente para los dos tipos de delitos (RAPHAEL y WINTER-EBMER, 1998), y otros que no la han encontrado para ninguno (PARKER y HORWITZ, 1986).

La diferencia de resultados también tiene que ver con *el tipo de estudio* que se haga. Fundamentalmente se han desarrollado dos tipos de aproximación. Hay una serie de estudios sincrónicos, cuyo balance general, con matices, es que la delincuencia aumenta en época de alto desempleo. No obstante, los estudios longitudinales tienden a concluir que la relación entre esas dos variables es débil, o incluso inexistente (CHIRICOS, 1987; RAPHAEL y WINTER-EBMER, 2001).

Los estudios sincrónicos son aquellos que comparan la relación que existe en distintos sitios en el mismo año. La principal crítica es que no son capaces de controlar el desfase temporal que existe hasta que las condiciones económicas actúan en la motivación de los individuos (PARKER y HORWITZ, 1986). Los estudios longitudinales, en cambio, mantienen fija la localización, pero comparan sus valores a lo largo del tiempo. Este tipo de estudios comenzaron a desarrollarse en la segunda mitad de los 70. En los últimos años se ha añadido el uso de paneles, los cuales permiten incrementar el tamaño de la muestra y, además, controlar mejor la heterogeneidad (WORRALL, 2008; LEVITT, 2001).

El tercer eje que hace variar los resultados es *el período de tiempo* que se estudie. La literatura ha encontrado que la relación del desempleo con la delincuencia es históricamente contingente (CARLSON y MICHALOWSKI, 1997). En general, y de nuevo teniendo en cuenta que casi todos los estudios se refieren a EEUU, la relación parece haber encontrado mayor sustento empírico con datos posteriores a 1970 (ARVANITES y DEFINA, 2006; DONGIL, 2006).

Teniendo en cuenta estos tres ejes, y siendo una relación que no goza de consenso en la literatura, CHIRICOS (1987) ha argumentado que realmente se puede hablar de la existencia de una relación, al menos entre desempleo y delitos contra la propiedad, sobre todo si se compara con el apoyo empírico habitual en ciencias sociales.

Dada la naturaleza compleja de la relación que se pretende comprobar (y sus implicaciones políticas), parece razonable que a lo largo de los años se hayan ido acumulando algunas críticas. En su mayoría, se refieren a elementos que habría que introducir en el análisis para mejorar la medición y el tratamiento de los datos.

La dificultad para mostrar empíricamente la existencia de relación entre desempleo y delincuencia es un objeto de estudio en sí mismo. Se ha señalado que los problemas pueden ser de orden teórico y/o empírico (CANTOR y LAND, 1985). Parece que sería conveniente una mayor comprensión de las interacciones entre la motivación y la oportunidad, especialmente en delitos concretos (CHIRICOS, 1987). Así mismo, se ha señalado insistentemente la necesidad de prestar atención a los significados que le dan los actores a los contextos de desempleo, crisis económica o delincuencia, y a sus relaciones esperadas (BOX y HALE, 1982; BOX, 1987; BARLOW, HICKMAN-BARLOW y CHIRICOS, 1993). En particular, resulta especialmente relevante considerar los contextos institucionales en los que se forman dichos significados (MESSNER y ROSENFELD, 1994; ROSENFELD y MESSNER, 2013), o las estructuras de acumulación, que son las que dan sentido a la experiencia del desempleo (que es algo más que "no tener trabajo"), como la diferenciación entre el desempleo estructural y el friccional (CARLSON y MICHALOWSKI, 1997).

A nivel de diseño de la investigación, se han señalado los problemas del uso de datos agregados a nivel nacional (GREENBERG, 2001; LEVITT, 2001; ARVANITES y DEFINA, 2006). Frente a ello, se ha propuesto usar datos a nivel local y mejorar los datos sobre el desempleo. Incluso se ha señalado la pertinencia de estudiar la degradación de las condiciones de los empleados (CARLSON y MICHALOWSKI, 1997; ARVANITES y DEFINA, 2006; CRUTCHFIELD, 2014; GOTTSCHALK, 2015a). A las dificultades de medición se añade el problema de estar usando datos agregados para explicar modelos de decisión individuales (GREENBERG, 2001).

A nivel de delincuencia, sería deseable contar con mejores datos (un problema común a toda la Criminología) o, al menos, datos que permitiesen distinguir entre la participación en la actividad delictiva y su frecuencia (WEATHERBURN, 1992). La existencia de la cifra oscura de la delincuencia supone serias trabas en un contexto de crisis en el que se espera que haya cambios en las dinámicas de denuncia, de comportamiento de las empresas, etc., e invisibiliza la existencia de otro grupo que también parecen verse afectados de manera directa por la crisis: los poderosos (BOX, 1987).

En definitiva, los datos disponibles no permiten extraer conclusiones firmes, en parte por su naturaleza fundamentalmente agregada. Por lo demás, los propios conceptos de "delincuencia" y "desempleo" varían dependiendo de cómo se hayan operacionalizado (y siempre tienen una considerable cifra oscura). En suma, cualquier discusión sobre la relación delincuencia-crisis económica/desempleo necesita tratar los datos con mucho cuidado.

Por otro lado, es bien sabido que determinados ejes de discriminación juegan un papel fundamental en relación con el desempleo y el impacto de las crisis económicas. Son ejes, además, no extraños al funcionamiento del sistema penal (BRIDGES y MAYERS, 1994). Por este motivo, se ha señalado la necesidad de profundizar en el impacto diferencial de las crisis por grupos, en especial en las mujeres, en las minorías étnicas y en los jóvenes (BOX, 1987; NAFFINE y GALE, 1989; WORRALL, 2008). El caso de los jóvenes es especialmente interesante, porque se sabe que es el colectivo con una mayor participación en la delincuencia, pero su participación relativamente marginal en el mercado laboral plantea interrogantes sobre el impacto que puede llegar a tener el desempleo en un colectivo habitualmente poco integrado en el mercado laboral (GREENBERG, 1985; BRITT, 1994; PARKER y HORWITZ, 1985; LAGESON y UGGEN, 2013).

2. Crisis y penalidad

Lo que nos diría el sentido común, de acuerdo a las expectativas habituales sobre la crisis y la delincuencia es que, al haber más gente delinquiendo, se generaría más población penitenciaria, por un procesamiento casi automático del sistema penal. Este modelo, que se ha conocido como *workload* (carga de trabajo), se encuentra con el problema que se ha visto anteriormente: no hay pruebas claras de que la delincuencia aumente. Además, esta visión asume que las tasas de denuncia, de detenciones y de condenas se mantienen estables, algo que ignora las circunstancias especiales que se dan en una crisis económica y las repercusiones que pueden tener en el funcionamiento de las distintas instancias del sistema penal (BOX Y HALE, 1985; BOX, 1987).

La aproximación teórica que se ha mostrado más fructífera y prometedora para comprender la relación crisis-penalidad ha sido la de la economía política del castigo, en especial el trabajo de RUSCHE y KIRCHHEIMER (RUSCHE, [1933] 1978; RUSCHE y KIRCHHEIMER, [1939] 2003). Las

aportaciones de este trabajo seminal han sido ampliamente analizadas (MELOSSI, 2003; DE GIORGI, 2006; MELOSSI, SOZZO y BRANDARIZ-GARCÍA, 2017). Se pueden destacar aquí dos contribuciones fundamentales: la recomendación de estudiar los sistemas punitivos en tiempos y sitios concretos, y no en abstracto; y la conclusión de que cada sistema de producción tiende a encontrar formas de castigo que se adecúan a éste (RUSCHE y KIRCHHEIMER, [1939] 2003). La primera aportación ha alentado muchos estudios empíricos sobre el funcionamiento del castigo. La segunda ha orientado buena parte de estos trabajos, que han buscado estudiar la evolución de la penalidad más allá de la criminalidad.

La literatura relacionada con la crisis ha tendido a ver dos hipótesis de interés principales en esta aproximación: una relacionada con la forma del castigo, y otra relacionada con la frecuencia o intensidad del castigo. En general, se ha desarrollado un mayor estudio empírico de la hipótesis relacionada con la intensidad del castigo (en este caso, si se usa más o menos el encierro dependiendo de las fluctuaciones del mercado laboral, es decir, de la población excedente) (INVERARITY y MCCARTHY, 1988). A su vez, el principio de menor elegibilidad ha tendido a ser operacionalizado como el volumen de la población carcelaria, más que servir para indagar en las condiciones del encarcelamiento.

La aplicación de este modelo teórico a la investigación ha generado cuatro modelos de la relación esperada en la teoría (CHIRICOS y BALES, 1991): a) el número de presos se incrementa como consecuencia de la delincuencia; b) la situación de crisis produce un clima generalizado de ansiedad y miedo ante el esperado aumento de la delincuencia, lo que lleva a los operadores del sistema penal a responder incrementando el número de sanciones; c) las expectativas negativas en relación con los desempleados y los expresos hacen que se concedan menos libertades condicionales y salidas anticipadas; d) los jueces sentencian influidos por el estatus del delincuente (siendo más probable la prisión para los desempleados que para los que tienen trabajo).

En los diversos trabajos publicados en este campo se ha aludido a distintos mecanismos causales. CHIRICOS y DELONE (1992) distinguen entre: a) aquellos que explican que el número de presos varía con la situación del mercado laboral como una cuestión de valor económico, en la que se manipula el precio de la mano de obra a través de instancias penales (JANKOVIC, 1977); b) aquellos que ponen el énfasis en la importancia del Estado para controlar el excedente de mano de obra a fin de evitar crisis de legitimidad y garantizar los requisitos estructurales para la acumulación del capital (SPITZER, 1975); y c) aquellos que se centran más en la agencia y en los componentes ideológicos del funcionamiento del sistema penal (BOX y HALE, 1985; MELOSSI, 1985).

A pesar del desarrollo teórico, la mayoría de las proposiciones no se han testado, de modo que en esta área el desarrollo empírico va por detrás del teórico (CHIRICOS y DELONE, 1992). Las formas más habituales de operacionalizar las condiciones económicas del sistema productivo y la forma y extensión del sistema de castigos han sido a través del desempleo y del encarcelamiento, respectivamente (GREENBERG, 1977; BOX, 1987). Con todo, se han ensayado algunas mediciones alternativas de los efectos sobre la fuerza de trabajo y, ocasionalmente, se ha prestado atención a la distinción entre población carcelaria e ingresos en prisión.

En las últimas cuatro décadas se ha producido una considerable cantidad de trabajos empíricos que exploran la asociación que existe entre las dos variables objeto de análisis. En general, son

pocos los trabajos que no han encontrado relación (PARKER y HORWITZ, 1986). Son muchos más los trabajos que han encontrado una relación positiva entre desempleo y encarcelamiento (CHIRICOS y DELONE, 1992; WESTERN, 2006). Por último, hay bastantes autores que han calificado la relación como problemática o no clara (ZIMRING y HAWKINS, 1991; MELOSSI, 1989; SUTTON, 2004). Al igual que pasaba con los estudios sobre la delincuencia y el desempleo, el tipo de resultados depende mucho de la técnica que se utilice y del alcance temporal del estudio. En una revisión realizada por CHIRICOS y DELONE (1992) estas fueron algunas de sus conclusiones:

Las tasas de desempleo y de encarcelamiento presentan una relación consistente que se mantiene una vez que se controla por tasas de criminalidad e incluso por estructura de edad (YEAGER, 1978; INVERARITY y MCCARTHY, 1988). Si se miran los ingresos en prisión, los resultados son más débiles en estudios sincrónicos que usan datos agregados. No obstante, la relación aparece más consistente y significativa en estudios longitudinales que también usan datos agregados. Cuando se han usado datos a nivel individual –algo muy poco frecuente-, la relación aparecía más clara, especialmente entre situación de desempleo e ingreso en prisión, mientras que la situación de excedencia de la fuerza de trabajo parecía influir mucho menos en la dureza de las condenas (BARLOW, HICKMAN-BARLOW y CHIRICOS, 1993). Por último, la relación entre desempleo y punitividad era especialmente intensa para jóvenes varones de minorías étnicas con delitos violentos (MELOSSI, 1989; CHIRICOS y BALES, 1991).

Los resultados, en coherencia con el marco teórico, registran variaciones entre países y a lo largo del tiempo (BOX y HALE, 1985; MELOSSI, 1985; CARMICHAEL y WARD, 2001; EDMARK, 2005; LEE y HOLOVIAK, 2006), por lo que no se puede afirmar que exista una relación fija entre sistema productivo y penalidad. Tampoco se puede afirmar, por lo tanto, que las crisis (o los incrementos del desempleo) provoquen necesariamente un aumento en el uso de la cárcel. Con los datos disponibles (tanto por los casos como por la calidad de los datos) no se puede afirmar que el planteamiento de RUSCHE sea correcto, pero parecería inapropiado rechazar por completo sus hipótesis, pues las pruebas en contra son relativamente escasas y tienden a concentrarse en los estudios menos sofisticados.

A nivel metodológico, se ha señalado que el excesivo uso de datos agregados resta fuerza a las conclusiones de estos estudios y que serían convenientes niveles menores de análisis, si no el nivel individual (CHIRICOS y BALES, 1991). En principio, la expectativa de algunos autores es que las relaciones serán más consistentes una vez que se consigan datos más depurados. Así, también, las investigaciones podrían seguir alejándose de una primera visión casi mecánica de los aspectos más sutiles de la teoría de RUSCHE (BOX y HALE, 1985).

Por otro lado, a pesar de la tendencia general de los estudios, apenas se sabe nada sobre si la relación establecida entre el desempleo y la penalidad pasa por una cuestión económica, política o ideológica, como se ha visto antes. Se ha señalado insistentemente la necesidad de averiguar algo más sobre la motivación de los operadores del sistema penal, especialmente los jueces, que parecen ser determinantes en la fluctuación de los ingresos en prisión. Así, incluyendo estas consideraciones, se podría evitar tomar las correlaciones entre dos variables como confirmaciones de hipótesis mucho más complejas (BOX y HALE, 1982). Además, el hecho de que no exista apenas desfase temporal entre los cambios en el desempleo y en los ingresos en prisión parece indicar que el cambio no es algo automático, sino que se ve impulsado fundamentalmente por los agentes del sistema (MELOSSI, 1993). No obstante, aún no hay muchos datos que puedan confirmar esta hipótesis (CHIRICOS y BALES, 1991).

En definitiva, parece que tiende a existir una asociación positiva y de intensidad apreciable entre desempleo y encierro. No obstante, la relación no es necesaria ni automática, sino que parece que está mediada. Se han señalado dos grandes bloques que median esta relación: unos más simbólicos, discursivos, y otros más materiales, económico-políticos.

Hay una corriente de la literatura que insiste en la importancia de los significados. Por un lado, se ha hipotetizado que los jueces comparten la visión tradicional de que mayor desempleo conlleva mayor delincuencia, por lo que sería de esperar una respuesta activa como agentes que intentan prevenir o solucionar un problema de delincuencia, haciendo un mayor uso de la prisión (BOX y HALE, 1982). En términos sociales más amplios, el significado y la explicación mayoritarios sobre el desempleo pueden ser fundamentales para el tipo e intensidad de la respuesta social (BOX, 1987). La duración de la recesión también es importante, pues si es larga se corre el riesgo de que la crisis económica se convierta en una crisis de legitimidad política (BOX y HALE, 1985). A su vez, las decisiones que toman los agentes en un clima moral más amplio se moverían dentro de unas cadenas discursivas que proveen de motivos para la acción (MELOSSI, 1985). De hecho, estos discursos parecen cambiar junto con los ciclos económicos, lo que lleva al segundo punto que se ha señalado como importante para entender la contingencia de la relación entre crisis y penalidad.

La configuración de la relación entre Estado, capital y trabajo, entre otras cuestiones, parece ser fundamental. Por ejemplo, se han señalado las diferentes relaciones que se establecen en mercados competitivos y en mercados monopolísticos (INVERARITY y MCCARTHY, 1988). También se ha señalado la importancia de tener en cuenta la posición que ocupa una economía concreta en el sistema productivo global (BOX, 1987), algo coherente con el marco teórico de RUSCHE, quien al hablar de modos de producción ni dice ni asume que las economías se desarrollen únicamente en marcos de estado-nación (INVERARITY, 1994). De manera más ambiciosa, MICHALOWSKI y CARLSON (1999) han propuesto añadir la teoría de las estructuras sociales de acumulación para dar cuenta de los cambios que se dan entre las distintas configuraciones del capitalismo, así como para dotar de mayor importancia analítica al Estado. De este modo, tratar la evolución de un país como si fuese un continuo podría ser erróneo, ya que el sistema productivo se rearticula con el tiempo, e incluso parece que los cambios e innovaciones en el sistema penal tienden a concentrarse en períodos de crisis (BARLOW, HICKMAN-BARLOW y CHIRICOS, 1993). Por ello, sería apropiado dividir la economía de un país en etapas cualitativamente distintas y tener en cuenta aspectos como la gestión estatal de la mano de obra excedente, las relaciones entre las distintas estructuras sociales de acumulación, y sus fases, o los cambios en los servicios asistenciales o en las políticas de salud mental (SCULL, 1977; HALE, 1989a; MICHALOWSKI y CARLSON, 1999). De hecho, los estudios parecen confirmar una mayor relación entre desempleo y penalidad desde los 80, algo que podría ser coherente con aproximaciones que señalan una ruptura entre el modo de gestión fordista y el neoliberal (DE GIORGI, 2006; WACQUANT, 2009). A continuación, se verá más en detalle el análisis de un caso concreto, que permite mayores matizaciones y centra el debate en el momento contemporáneo.

3. Delincuencia, penalidad y Gran Recesión

Los análisis sobre la relación entre las crisis económicas, el delito y la penalidad han cobrado un nuevo impulso en el pasado reciente, como consecuencia de lo que se ha denominado la *Gran Recesión*. La crisis financiera global iniciada en 2007-2008 ha tenido una duración y unos

efectos diferentes en las diversas regiones del globo. Fue muy intensa, pero más bien breve, en el caso estadounidense. En la Unión Europea, en cambio, ha sido mucho más duradera, como consecuencia de su transformación a partir de 2010 en la denominada "crisis de la deuda soberana" (LAPAVITSAS *et al*., 2012; VAROUFAKIS, 2013). En países periféricos, como Brasil, ha tenido un efecto más tardío, pero no por ello menos profundo. Sea como fuere, es innegable que se ha tratado de una crisis socio-económica de extrema gravedad, con consecuencias devastadoras en términos de desempleo, desigualdad y empobrecimiento. En consecuencia, la Gran Recesión constituye un caso idóneo para analizar el impacto de las crisis económicas en el delito y la penalidad.

Por lo que respecta a la relación entre crisis económica y delincuencia, el periodo de la Gran Recesión no permite llegar a una conclusión general, válida para un amplio conjunto de países y tipologías delictivas. Un informe de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, 2010) concluye que la crisis ha tenido una cierta incidencia en el incremento de algunos delitos (fundamentalmente patrimoniales) pero, además de que no es un efecto general, sus análisis están lastrados por el hecho de referirse a un limitado grupo de países y a un periodo muy breve de la crisis.

En una perspectiva temporal mayor, los datos de ONUDD muestran una situación ambivalente. En el contexto del G-20, durante la etapa de la Gran Recesión ha habido importantes descensos de la delincuencia en países como Canadá, Japón o Rusia. Sin embargo, otros Estados muestran evoluciones diferentes en función de las categorías delictivas (como Australia o Corea del Sur), o incluso una tendencia general al alza (como Brasil, India o México). Por lo que hace a la Unión Europea, los datos de Eurostat muestran variaciones de la evolución de la criminalidad entre 2008 y 2014 en función de las tipologías delictivas y de los países, si bien dentro de una cierta tendencia general descendente (VAN DIJK, 2014). Esa tendencia es especialmente evidente en España (RODRÍGUEZ y LARRAURI, 2012) y, en menor medida, en Alemania (DÜNKEL, 2016). Frente a ello, las estadísticas disponibles ponen de relieve una evolución ambivalente de la delincuencia en Italia y un claro ascenso en Francia. El caso del Reino Unido se incluye también en el grupo de países en los que la criminalidad ha disminuido en el pasado reciente (HALE, 2013). No obstante, ese descenso, que es manifiesto en delitos patrimoniales y violentos, no alcanza a las infracciones sexuales, que se han incrementado desde el inicio de la crisis.

En EEUU, durante la etapa de la Gran Recesión también se ha producido un claro descenso de la delincuencia (AVIRAM, 2015; CRUTCHFIELD, 2014; ROSENFELD y MESSNER, 2013). Según los datos oficiales del FBI, entre 2008-2015 la tasa de delincuencia violenta ha disminuido un 18,8% (sobre todo ha descendido la cifra de robos violentos –un 30,2%-), si bien ha tenido un ligero incremento en el último bienio, y la tasa de delincuencia patrimonial ha caído un 22,6% (con descensos especialmente elevados en robos en domicilio –un 33%- y robos de vehículos a motor –un 30,2%-).

En suma, casos como los de EEUU, Canadá, Japón, Rusia, España, Alemania o el Reino Unido evidencian una vez más que, frente a lo que podría pensarse, las crisis económicas, con sus graves efectos en materia de desempleo, desigualdad y empobrecimiento, no siempre conducen a un incremento del delito, sea en términos generales o en relación con algunas categorías de criminalidad (fundamentalmente, delincuencia patrimonial o violenta). Sin embargo, una cuestión relevante en este punto es que, al menos en algunos de estos casos, la tendencia descendente de la criminalidad se inició tiempo antes del comienzo de la Gran Recesión. De hecho, la literatura suele destacar que los años '90 fueron el punto de partida de una fase

descendente de la delincuencia que ha afectado a una pluralidad de países (BECKETT y SASSON, 2004; TONRY, 2004; VAN DIJK, 2014; YOUNG, 2011; ZIMRING, 2007). En consecuencia, los graves efectos de la crisis económica no han impedido que el ciclo descendente de la criminalidad continuase, pero no parecen haber sido los desencadenantes de la actual etapa recesiva del delito (VAN DIJK, 2014). En este supuesto de una fase menguante de la criminalidad que se inicia claramente antes del comienzo de la Gran Recesión hay que incluir países como Canadá (al menos en delitos patrimoniales) o Japón, de acuerdo con los datos de ONUDD. También es el caso del Reino Unido, como muestran las estadísticas oficiales (*Office for National Statistics*). Igualmente, en EEUU la etapa de contracción de la delincuencia comenzó bastante antes de la crisis económica (AVIRAM, 2015; CRUTCHFIELD, 2014). Como evidencian los datos del FBI, entre 1996 y 2008 la tasa de delincuencia violenta ya había descendido un 28% y la de delincuencia patrimonial lo había hecho un 27,8%.

Tal vez como consecuencia de que en muchos países la evolución de la criminalidad durante la etapa de la Gran Recesión no ha constituido una novedad en relación con la etapa anterior, el debate académico ha sido probablemente más intenso respecto de la conexión entre crisis económica y penalidad que de la relación entre recesión y criminalidad. Tomando la tasa de encarcelamiento como el indicador más fácilmente comparable a nivel internacional, la etapa de la crisis económica ha presenciado importantes cambios en la penalidad en una pluralidad de países. En términos del G20, las tasas de población penitenciaria han crecido de manera significativa en países como Australia (16,9% entre 2008 y 2015), Brasil (31,2% entre 2008 y 2014), Indonesia (28,8% entre 2008 y 2016) y, sobre todo, Turquía (65,3% entre 2008 y 2016), de acuerdo con los datos del *International Centre for Prison Studies*. Sin embargo, el periodo también ha conocido descensos dignos de mención de la tasa de encarcelamiento en Japón (21,6% entre 2008 y 2015), Rusia (29,1% entre 2008 y 2016) o Sudáfrica (14,9% entre 2008 y 2016).

La situación es más llamativa en el caso de la Unión Europea. Si bien hay algunos casos relevantes de crecimiento de la tasa de encarcelamiento (como Bélgica o Portugal), en el periodo de la crisis se ha producido una tendencia generalizada de descenso de la población penitenciaria (KARSTEDT, 2013; DÜNKEL, 2016). Frente a la etapa previa de crecimiento, la tasa de encarcelamiento ha descendido entre 2008 y 2016 un 14,3% en Alemania, un 18% en España o un sorprendente 48,5% en Países Bajos, de acuerdo con los datos del SPACE I del Consejo de Europa. También ha habido descensos en Francia, Irlanda, Italia, Reino Unido y los países escandinavos (sobre todo en Finlandia -17,9%- y Suecia -30,3%-), así como en una pluralidad de países del este de Europa (DÜNKEL, 2016).

Junto a ello, es especialmente relevante que esta tendencia descendente también se ha dado en el caso de EEUU. Después de más de tres décadas de incremento exponencial de las tasas de población penitenciaria, que convirtieron al sistema penal estadounidense en el mejor ejemplo del modelo de encarcelamiento masivo, el aumento del número de presos se ralentizó a comienzos de siglo y finalmente ha descendido desde 2008 en adelante. Hasta el momento se trata de una disminución limitada, que no alcanza a todos los estados (DE GIORGI, 2015; GOTTSCHALK, 2015a, 2015b; KRISBERG, 2016). Sin embargo, la tasa de encarcelamiento se ha reducido un 9,1% entre 2008 y 2014: de 760 a 690 presos por cada 100.000 habitantes, según datos del *Bureau of Justice Statistics*. Por lo demás, si tenemos en cuenta la tendencia previa, la trascendencia de esta evolución es innegable.

Como consecuencia de esa relevancia, en la literatura académica estadounidense ha habido un importante debate sobre el reciente descenso de la población carcelaria y su relación con la Gran Recesión. En general, existe un amplio nivel de consenso sobre la notable influencia de la crisis económica como contexto determinante de la tendencia actual del sistema penitenciario (AUSTIN, 2016; AVIRAM, 2015, 2016; CLEAR y FROST, 2014; GOTTSCHALK, 2015a; vid., no obstante, MATTHEWS, 2014). La Gran Recesión ha permitido que la idea de la insostenibilidad financiera del modelo de encarcelamiento masivo se haya difundido en el campo político estadounidense, un debate que también ha alcanzado, en algún momento, al Reino Unido (ALBERTSON y FOX, 2012). Esta convicción ha alimentado el debate entre las élites políticas y sociales norteamericanas sobre las consecuencias lesivas del punitivismo (BARKER, 2009; BECKETT, REOSTI y KNAPHUS, 2016; CLEAR y FROST, 2014; KRISBERG, 2016). En gran medida se entiende que la crisis económica abre una extraordinaria ventana de oportunidad para conformar un sistema penal menos severo (AVIRAM, 2015; CLEAR y FROST, 2014; DAGAN y TELES, 2014; PETERSILIA y CULLEN, 2015; SCHOENFELD, 2016; SIMON, 2014).

Sin embargo, en el debate académico estadounidense se asume que la Gran Recesión ha operado como condición de posibilidad, en el sentido de facilitar la influencia de otros factores que han incidido de modo relevante en el ciclo penitenciario actual (AVIRAM, 2015; CLEAR y FROST, 2014).

Uno de esos condicionantes fundamentales es el importante descenso de la criminalidad (AUSTIN, 2016; CLEAR y FROST, 2014; SIMON, HANEY-LOPEZ y FRAMPTON, 2008), que en el caso estadounidense –como ya se ha apuntado- se viene produciendo desde los 90. Sin embargo, esta literatura no asume que haya una relación directa entre reducción del delito y disminución de la tasa de encarcelamiento, sino que entiende más bien que la tendencia de la delincuencia ha facilitado la difusión de determinadas representaciones colectivas sobre el castigo que han permitido la contracción de la prisión.

Por una parte, el extenso periodo de descenso de la criminalidad y, en particular, del delito violento ha contribuido a que los actores políticos hayan podido abandonar las posiciones exclusivamente punitivistas de las últimas décadas (DAGAN y TELES, 2014; SCHOENFELD, 2016), una innovación que también se ha producido en el campo mediático (BECKETT, REOSTI y KNAPHUS, 2016). Tanto o más importante que ello es que el largo ciclo descendente del delito ha influido en la contracción de la punitividad pública y del miedo al delito. En efecto, la literatura norteamericana ha señalado que un conjunto de indicadores muestra un claro declive del miedo al delito y de la punitividad subjetiva en los últimos lustros (CLEAR y FROST, 2014; GOTTSCHALK, 2015a; MATTHEWS, 2014; PETERSILIA, 2016; PRATT, 2007).

En este punto la evolución reciente se muestra contradictoria con las conclusiones de trabajos que aprecian una elevada punitividad pública en contextos de inseguridad económica, como efecto de una frustración canalizada hacia chivos expiatorios o del temor de las mayorías sociales a sectores crecientemente marginados (CHANCER y DONOVAN, 1996; COSTELLOE, CHIRICOS y GERTZ, 2009). La razón de esta aparente contradicción entre incremento de la inseguridad económica y declive de la punitividad pública seguramente se deriva de la preeminencia adquirida, en una crisis socioeconómica tan profunda, por otras preocupaciones colectivas. En el caso estadounidense se han mencionado el terrorismo, la inmigración o el declive de las clases medias (AVIRAM, 2015; CLEAR, 2008; SCHOENFELD, 2016; SIMON, HANEY-LOPEZ y FRAMPTON, 2008). Un proceso en cierta medida semejante puede apreciarse en el caso europeo. Los estudios semestrales del Eurobarómetro muestran un cierto declive de la preocupación de la

población de la UE por la criminalidad (sobre todo, entre 2008 y 2012), en favor de otros problemas más urgentes, como el desempleo, la situación económica, la inmigración o la deuda pública.

En suma, la renovada preocupación por el gasto público que ha surgido con la Gran Recesión, junto con los bajos niveles de temor al delito y punitividad pública, han permitido que la reciente crisis haya dado lugar a un cambio en las políticas penales. En el caso estadounidense, se ha puesto en marcha, fundamentalmente por parte de los parlamentos y gobiernos estatales, un amplio conjunto de medidas orientadas a restringir el número de reclusos, como el establecimiento de máximos de población carcelaria, el impulso de la *parole* y de las penas alternativas a la prisión, e incluso la clausura de centros penitenciarios (AUSTIN, 2016; AVIRAM, 2015; BECKETT, REOSTI y KNAPHUS, 2016; CLEAR y FROST, 2014; GOTTSCHALK, 2013, 2015a; KRISBERG, 2016; SCHOENFELD, 2016). El poder judicial también ha jugado un papel relevante en este punto, especialmente en el caso de California, como consecuencia de la conocida sentencia de la Corte Suprema *Brown v. Plata*, de 23 de mayo de 2011 (GOTTSCHALK, 2015a; SIMON, 2011, 2014).

Todo ello se ha visto acompañado por un intenso debate público y político sobre la delincuencia y la penalidad, en el que, por vez primera en décadas, se han articulado alianzas entre sectores liberales y conservadores para limitar el encarcelamiento masivo y el constante incremento de la punitividad (AVIRAM, 2016; BECKETT, REOSTI y KNAPHUS, 2016; CLEAR y FROST, 2014; DAGAN y TELES, 2016; KRISBERG, 2016; PETERSILIA y CULLEN, 2015; SIMON, 2014). En este marco, el centro de gravedad de las políticas penales parece haberse deslizado hacia las denominadas 3-Rs: *re-entry*, *justice reinvestment* and *reduction of recidivism* (retorno, reinversión en justicia y reducción de la reincidencia) (CLEAR y FROST, 2014; DE GIORGI, 2015; GOTTSCHALK, 2015a, 2015b; SCHOENFELD, 2016). Sin embargo, las reformas penológicas de gran calado han sido más bien escasas (vid., no obstante, AVIRAM, 2015). Probablemente la principal excepción se ha dado en el campo de la criminalización de las drogas ilícitas, en el que diversas jurisdicciones, entre otras las guías de condena federales y el estado de Nueva York, han rebajado la severidad de la guerra contra las drogas (AVIRAM, 2015; BECKETT, REOSTI y KNAPHUS, 2016; CLEAR y FROST, 2014; GOTTSCHALK, 2015a; MATTHEWS, 2014). Con todo, los delitos de drogas habían ido perdiendo progresivamente importancia para el sistema penal antes de tales reformas legales (GOTTSCHALK, 2015a). No en vano, los datos oficiales del FBI muestran un descenso tanto del número de infracciones de drogas como de la cantidad de personas detenidas por ellas desde hace una década. En consecuencia, el sistema penal estadounidense no ha hecho sino seguir el curso de una transformación social previa, a saber, la modificación de las prácticas sociales de uso y venta de drogas ilegales.

También en los países de la UE se han impulsado diversas medidas legales y administrativas orientadas a limitar la población penitenciaria, al menos en el Reino Unido (FITZGERALD y HALE, 2013; LEA y HALLSWORTH, 2012; MATTHEWS, 2014) y, sobre todo, en Italia, como consecuencia de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Torreggiani v. Italy*, de 8 de enero de 2013, que ha obligado a reducir la sobreocupación de las prisiones italianas mediante la promoción de excarcelaciones y penas alternativas a la prisión.

Si bien la reciente crisis económica ha facilitado el descenso de la población penitenciaria, también ha menoscabado los derechos de las personas encarceladas. En efecto, varios estudios empíricos (GOTTSCHALK, 2015a, 2015b) muestran que los recortes en el gasto público han

afectado a las condiciones carcelarias, en ámbitos tan esenciales como la alimentación, la salud o los programas de tratamiento.

Junto a ello, el reciente descenso de las tasas de encarcelamiento ha generado dos interrogantes adicionales, que contribuyen a perfilar la relación entre crisis socioeconómica y penalidad.

Algunos autores (De Giorgi, 2015; Platt, 2015; Schoenfeld, 2016) han señalado que el actual proceso de descarcelación no ha comportado exactamente el declive del dispositivo penal en su conjunto, sino la derivación de los sectores más criminalizados de la población hacia espacios de control no penitenciarios, en una suerte de proceso de transcarcelación. Un sector de la literatura académica ha mencionado un ámbito específico de transcarcelación, señalando que el declive de la población penitenciaria ha sido coetáneo al reforzamiento de la criminalización y punición de la inmigración, que ha llevado a un extraordinario incremento durante la Administración Obama del número de migrantes detenidos en centros de internamiento y deportados (De Giorgi, 2015; Gottschalk, 2015a, 2015b; Vazquez, 2015). En efecto, los datos disponibles (Department of Homeland Security, 2016) muestran que las deportaciones han seguido en el pasado reciente una clara tendencia ascendente, incrementándose un 20,6% entre 2008 y su máximo histórico en 2013, si bien desde entonces hasta 2015 han disminuido de nuevo un 23,2%. Por el contrario, en Europa los sistemas de control de la inmigración no han seguido el mismo camino de incremento de la punitividad. Los datos de Eurostat muestran que el número de deportaciones realizadas en la UE ha disminuido en el pasado reciente (un 18,9% entre 2008 y 2014), sobre todo en países como Grecia y España. En consecuencia, frente a lo que ha sucedido en EEUU, en los países de la UE no se ha producido un proceso de transcarcelación sustentado en el reforzamiento del control punitivo de la inmigración, al menos hasta el comienzo de la crisis de los refugiados (en 2015).

Por último, el análisis del ciclo recesivo de la población penitenciaria ha suscitado interrogantes relativos a su relevancia y significación. La pregunta, en sustancia, es si la tendencia reciente sienta las bases para la progresiva conformación de un modelo de penalidad menos punitivo que el desarrollado a lo largo de las últimas cuatro décadas. Frente a perspectivas más optimistas (Aviram, 2015; Clear y Frost, 2014; Karstedt, 2013; Simon, 2014), un conjunto de autores ha afirmado que una evolución de la prisión esencialmente determinada por preocupaciones económicas (lo que Aviram 2015, 2016 denomina perspectiva del *humonetarismo*) no es adecuada para inaugurar una fase de moderación punitiva (Beckett, Reosti y Knaphus, 2016; De Giorgi, 2015; Gottschalk, 2015a, 2015b). Al menos en el caso estadounidense, las reformas penológicas han tenido un alcance limitado, afectando exclusivamente a los denominados "no-no-no" (infractores que han cometido delitos no violentos, no graves y no sexuales) (Aviram, 2016; Beckett, Reosti y Knaphus, 2016; Gottschalk, 2015a, 2015b; Schoenfeld, 2016). Por lo demás, una perspectiva centrada en el coste económico del sistema no parece suficiente para desmantelar las estructuras de modelos de encarcelamiento masivo como el de EEUU (Alexander, 2010; Beckett, Reosti y Knaphus, 2016; Downes y Rock, 2011; Gottschalk, 2015a, 2015b; Krisberg, 2016; Petersilia y Cullen, 2015). Por ello, buena parte de la literatura (Beckett, Reosti y Knaphus, 2016; De Giorgi, 2015a; Gottschalk, 2015a; Simon, 2014) ha concluido que la tarea de construcción de un sistema penal menos punitivo requiere una discusión en profundidad sobre los efectos perjudiciales del castigo sobre los presos, sus familias, sus comunidades y la sociedad en su conjunto, un debate que en la reciente crisis solo ha tenido un desarrollo parcial.

4. Revisión de la literatura y otras fuentes

Los análisis sobre la relación entre delito, penalidad y crisis económicas se han desarrollado desde diferentes orientaciones académicas.

En primer lugar, sobre esta cuestión es necesario remitirse a los estudios económicos sobre el delito y el castigo. En este ámbito la literatura es muy variada. No obstante, pueden distinguirse al menos dos líneas de estudio especialmente relevantes. En primer lugar, los trabajos que remiten a la perspectiva del análisis económico del Derecho (*Law and Economics*) sobre el delito y el castigo. Este tipo de trabajos utilizan herramientas conceptuales de la teoría económica neoclásica para examinar el delito y el funcionamiento del sistema penal. De este modo, abordan la materia a partir de conceptos como la elección racional y los análisis de costes y beneficios, que se emplean tanto para explicar la decisión del sujeto infractor como para regular el funcionamiento del sistema penal. Esta dirección de análisis parte del artículo de GARY BECKER 'Crime and Punishment: an Economic Approach' publicado en 1968 en *The Journal of Political Economy*, y ha generado importantes contribuciones posteriores (COHEN, 2009; EHRLICH, 1973; FIELDING, CLARKE y WITT, 2000; GRAY, 1979; LEVITT, 2001; RAPHAEL y WINTER-EBMER, 2001). Dos obras recientes que se sitúan próximas a este marco de análisis, y que han aportado análisis sobre la relación entre crisis, crimen y penalidad son ALBERTSON y FOX (2012) y ROSENFELD y MESSNER (2013).

Una segunda línea de análisis sobre la relación entre delincuencia, penalidad y crisis económica se ha desarrollado en el marco de la denominada Economía política de la pena. Se trata de un marco analítico que surge del trabajo de Georg RUSCHE y Otto KIRCHHEIMER *Pena y estructura Social* ([1939] 2003) y que ha tenido especial incidencia en los años 70 y 80 (CHIRICOS y DELONE, 1992; GALSTER y SCATURO, 1985; GREENBERG, 1977; INVERARITY y MCCARTHY, 1988; JANKOVIC, 1977; MELOSSI, 1985, 1993; MELOSSI y PAVARINI, [1977] 1981; WALLACE, 1980). Trabajos significativos recientes de esta línea de análisis son DE GIORGI, 2006, 2011, 2013; MELOSSI, 2011; MELOSSI, SOZZO y BRANDARIZ-GARCÍA, 2017. Siguiendo el planteamiento de RUSCHE y KIRCHHEIMER ([1939] 2003), la literatura de la economía política de la pena asume que el análisis de la penalidad no puede desconectarse de la evolución de los modos de producción; de forma más precisa, la evolución del mercado laboral tiene una influencia determinante sobre la penalidad (RUSCHE, [1933] 1978). Esta orientación, en particular en el marco de la teoría de los ciclos económicos (BARLOW, HICKMAN-BARLOW y CHIRICOS, 1993; MELOSSI, 1985, 2003), llega a la conclusión de que en los períodos de recesión económica el incremento de la explotación de la fuerza de trabajo comporta un coetáneo aumento de la punitividad. Huelga decir que esto no es lo que ha pasado en la crisis económica reciente (AVIRAM, 2015).

Para cuestiones avanzadas relacionadas con las estadísticas y su análisis, el volumen 14, número 4 del *Journal of Quantitative Criminology* (2001) proporciona una discusión metodológica bastante completa sobre las investigaciones que recurren a análisis de series temporales. El punto de partida es una crítica de David GREENBERG (2001) al influyente trabajo de CANTOR y LAND (1985).

Más allá de estas orientaciones teóricas y discusiones metodológicas, la relación entre las crisis y el sistema penal se ha abordado por estudios centrados en el análisis de la evolución de la criminalidad y de la respuesta del sistema penal en relación con procesos de recesión concretos. Los estudios sobre los efectos en la materia de la Gran Depresión de 1929 no son muy numerosos. No obstante, una referencia de gran importancia es SELLIN (1937), que analizó los

efectos de la devastadora crisis de comienzos de los años 30 sobre la criminalidad en EEUU. Otros estudios de referencia, que analizan el descenso de la criminalidad durante la Gran Depresión son COOK y ZARKIN (1985) y JOHNSON, KANTOR y FISHBACK (2007).

La literatura sobre las consecuencias en materia de penalidad y delito de la crisis económica de los años 70 es, en cambio, claramente más amplia, y en gran medida se enmarcó en la línea de la economía política de la pena. En este ámbito cabe destacar los trabajos de los británicos Steven BOX y Chris HALE (BOX, 1987; BOX y HALE, 1982a, 1982b; HALE, 1989a, 1989b), que destacan que una situación de crisis económica no determina el incremento de todos los tipos de delincuencia ni produce necesariamente un aumento de la punitividad.

Por último, la literatura sobre la relación entre crisis, delito y penalidad ha recibido un nuevo impulso, como se ha apuntado en el texto, en el marco de la denominada Gran Recesión iniciada en 2007-2008. Este marco de análisis ha estado condicionado por la reciente caída de las tasas de encarcelamiento en una pluralidad de países del Norte global, en especial en EEUU. La influencia de la crisis económica en esta recesión penitenciaria no ha sido suficientemente explorada por el momento. Una significativa excepción es el trabajo de Hadar AVIRAM *Cheap on Crime* (2015), que analiza cómo la crisis económica y los recortes en materia de gasto público han creado las condiciones para la difusión de una nueva perspectiva sobre la penalidad (lo que la autora denomina perspectiva *humonetarista*) que ha permitido el desarrollo de nuevos discursos y la puesta en práctica de reformas administrativas y penales. Un interesante texto reciente sobre la relación entre crisis económica y tasas de delitos es CRUTCHFIELD (2014), que examina el efecto de las consecuencias de las recesiones, en particular en materia de empleo, sobre la evolución de la delincuencia.

5. Bibliografía

Kevin ALBERTSON Y Chris FOX (2012), *Crime and Economics, An introduction*, Routledge, London.

Michelle ALEXANDER (2010), *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*, The New Press, New York.

Thomas ARVANITES y Robert DEFINA (2006), "Business cycles and street crime", *Criminology* 44 (1), págs. 139 y ss.

James AUSTIN (2016), "Regulating California's Prison Population: The Use of Sticks and Carrots", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 664, págs. 84 y ss.

Hadar AVIRAM (2015), *Cheap on Crime: Recession-Era Politics and the Transformation of American Punishment*, University of California Press, Oakland.

Hadar AVIRAM (2016), "The Correctional Hunger Games: Understanding Realignment in the Context of the Great Recession", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 664, págs. 260 y ss.

Vanessa BARKER (2009), *The Politics of Imprisonment*, Oxford University Press, New York.

David BARLOW, Melissa HICKMAN-BARLOW y Ted CHIRICOS (1993), "Long Economic Cycles and the Criminal Justice System in the US", *Crime, Law and Social Change* 19 (2), págs. 143 y ss.

Gary BECKER (1968), "Crime and Punishment: an Economic Approach", *The Journal of Political Economy* 76 (2), págs. 169 y ss.

Katherine BECKETT K, Anna REOSTI y Emily KNAPHUS (2016), "The End of an Era? Understanding the Contradictions of Criminal Justice Reform", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 664, págs. 238 y ss.

Katherine BECKETT y Theodore Sasson (2004), *The Politics of Injustice*, Sage, Thousand Oaks, 2nd edn.

Steven BOX (1987), *Recession, Crime and Punishment*, Rowman & Littlefield, London.

Steven BOX y Chris HALE (1982), "Economic crises and the rising prisoner population in England and Wales", *Crime and Social Justice* 17, págs. 20 y ss.

Steven BOX y Chris HALE (1985), "Unemployment, imprisonment and prison overcrowding", *Contemporary Crises* 9, págs. 209 y ss.

George BRIDGES y Martha MYERS (eds.) (1994), *Inequality, Crime, & Social Control*, Westview Press, Boulder.

Chester BRITT (1994), "Crime and Unemployment among Youths in the United States, 1958-1990: A Time Series Analysis", *American Journal of Economics and Sociology* 53 (1), págs. 99 y ss.

Susan CARLSON y Raymond MICHALOWSKI (1997), "Crime, unemployment, and social structures of accumulation: an inquiry into historical contingency", *Justice Quarterly* 14 (2), págs. 209 y ss.

Fiona CARMICHAEL y Robert WARD (2001), "Male unemployment and crime in England and Wales", *Economic Letters* 73 (1), págs. 111 y ss.

Lynn CHANCER y Pamela DONOVAN (1996), "A Mass Psychology of Punishment: Crime and the Futility of Rationally Based Approaches", *Social Justice* 21, págs. 50 y ss.

Ted CHIRICOS (1987), "Rates of crime and unemployment: an analysis of aggregate research evidence", *Social Problems* 34 (2), págs. 187 y ss.

Ted CHIRICOS y William BALES (1991), "Unemployment and punishment: an empirical assessment", *Criminology* 29 (4), págs. 701 y ss.

Todd CLEAR y Natasha FROST (2014), *The Punishment Imperative*, New York University Press, New York.

Lawrence COHEN, Marcus FELSON y Kenneth LAND (1980), "Property crime rates in the United States: a macrodyinamic analysis, 1947-1977; with ex ante forecasts for the mid-1980s", *American Journal of Sociology* 86, págs. 90 y ss.

Mark COHEN (2009), *The Costs of Crime and Justice*, Routledge, London.

Philip COOK y Gary ZARKIN (1985), "Crime and the Business Cycle", *The Journal of Legal Studies* 14 (1), págs. 115 y ss.

Michael COSTELLOE, Ted CHIRICOS y Marc GERTZ (2009), "Punitive Attitudes toward Criminals: Exploring the Relevance of Crime Salience and Economic Insecurity", *Punishment and Society* 11 (1), págs. 25 y ss.

Robert CRUTCHFIELD (2014), *Get a Job: Labor Markets, Economic Opportunity, and Crime*, New York University Press, New York.

David DAGAN y Steven TELES (2014), "Locked in? Conservative reform and the future of mass incarceration", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 651, págs. 266 y ss.

David DAGAN y Steven TELES (2016), *Prison Break: Why Conservatives Turned Against Mass Incarceration*, Oxford University Press, New York.

Alessandro DE GIORGI (2006), *Re-Thinking the Political Economy of Punishment*, Ashgate, Aldershot.

Alessandro DE GIORGI (2011), "Post-Fordism and Penal Change: The New Penology as a Post-Disciplinary Social Control Strategy", en Dario MELOSSI, Máximo SOZZO y Richard SPARKS (eds.), *Travels of the criminal question, Cultural embeddedness and diffusion*, Hart, Oxford, págs. 113 y ss.

Alessandro DE GIORGI (2013), "Punishment and political economy", en Richard SPARKS y Jonathan SIMON (eds.), *The Sage Handbook of Punishment and Society*, Sage, London, págs. 40 y ss.

Alessandro DE GIORGI (2015), "Five Theses on Mass Incarceration", *Social Justice* 42 (2), págs. 5 y ss.

DHS (2016), *Yearbook of Immigration Statistics: 2015*, U.S. Department of Homeland Security, Office of Immigration Statistics, Washington DC.

Kim DONGIL (2006), "The Effects of Economic Conditions on Crimes", *Development and Society* 35 (2), págs. 241 y ss.

David DOWNES y Paul ROCK (2011), *Understanding Deviance*, Oxford University Press, Oxford, 6th edn.

Frieder DÜNKEL (2016), "The rise and fall of prison population rates in Europe", *Criminology in Europe* 2016/2, págs. 2 y ss.

Karin EDMARK (2005), "Unemployment and crime: is there a connection?" *The Scandinavian Journal of Economics* 107 (2), págs. 353 y ss.

Isaac EHRLICH (1973), "Participation in illegitimate activities: A theoretical and empirical investigation", *Journal of Political Economy* 81, págs. 521 y ss.

Nigel FIELDING, Alan CLARKE y Robert WITT (2000), *The Economic Dimensions of Crime*, Palgrave Macmillan, London.

Marian FITZGERALD y Chris HALE (2013), "The politics of law and order", en Chris HALE *et al* (eds.), *Criminology*, Oxford University Press, Oxford, 3rd edn, págs. 387 y ss.

George GALSTER y Laure SCATURO (1985), "The US Criminal Justice System: unemployment and the severity of punishment", *Journal of Research in Crime and Delinquency* 22 (2), págs. 163 y ss.

Marie GOTTSCHALK (2013), "The Carceral State and the Politics of Punishment", en Jonathan SIMON y Richard SPARKS (eds.), *The Sage Handbook of Punishment and Society*, Sage, London, págs. 205 y ss.

Marie GOTTSCHALK (2015a), *Caught, The Prison State and the Lockdown of American Politics*, Princeton University Press, Princeton.

Marie GOTTSCHALK (2015b), "Razing the Carceral State", *Social Justice* 42 (2), págs. 31 y ss.

Charles GRAY (1979), *The Costs of Crime*, Sage, Thousand Oaks.

David GREENBERG (1977), "The dynamics of oscillatory punishment processes", *The Journal of Criminal Law and Criminology* 68, págs. 643 y ss.

David GREENBERG (1985), "Age, crime, and social explanation", *American Journal of Sociology* 91 (1), págs. 1 y ss.

Chris HALE (1989a), "Unemployment, imprisonment and the stability of punishment hypothesis: some results using cointegration and error correction models", *Journal of Quantitative Criminology* 5, págs. 169 y ss.

Chris HALE (1989b), "Economy, punishment and imprisonment", *Contemporary Crises* 13, págs. 327 y ss.

Chris HALE (2013), "Economic Marginalization, Social Exclusion, and Crime", en Chris HALE *et al* (eds.), *Criminology*, Oxford University Press, Oxford, 3rd edn, págs. 289 y ss.

James INVERARITY (1994), "Labor markets and the relationships among forms of the criminal sanction", en George BRIDGES y Martha MYERS (eds.), *Inequality, Crime, & Social Control*, Westview Press, Boulder, págs. 147 y ss.

James INVERARITY y Daniel MCCARTHY (1988), "Punishment and Social Structure revisited: unemployment and imprisonment in the United States, 1948-1984", *The Sociological Quarterly* 29 (2), págs. 263 y ss.

Ivan JANKOVIC (1977), "Labor market and imprisonment", *Crime and Social Justice* 8, págs. 17 y ss.

Ryan JOHNSON, Shawn KANTOR y Price FISHBACK (2007), "Striking at the roots of crime: The impact of social welfare spending on crime during the Great Depression", *National Bureau of Economic Research*: working paper no. 12825.

Susanne KARSTEDT (2013), "Never waste a good crisis!", *Criminology in Europe* 2013/1, págs. 5 y ss.

Barry KRISBERG (2016), "How Do You Eat an Elephant? Reducing Mass Incarceration in California One Small Bite at a Time", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 664, págs. 136 y ss.

Sarah LAGESON y Chris UGGEN (2013), "How work affects crime –and crime affects work- over the life course", en Chris GIBSON y Marvin KOHN (eds.), *Handbook of Life-Course Criminology*, Springer, New York, págs, 201 y ss.

Costas LAPAVITSAS *et al* (2012), *Crisis in the Eurozone*, Verso, London.

John LEA y Simon HALLSWORTH (2012), "Bringing the state back in, Understanding neoliberal security", en Peter SQUIRES y John LEA J (eds.), *Criminalisation and advanced marginality*, The Policy Press, Bristol, págs. 19 y ss.

Daniel LEE (2006), "Unemployment and crime: an empirical investigation", *Applied Economics Letter* 13, págs. 805 y ss.

Steven LEVITT (2001), "Alternative Strategies for Identifying the Link Between Unemployment and Crime", *Journal of Quantitative Criminology* 17 (4), págs. 377 y ss.

Sharon LONG y Ann WITTE (1981), "Current economic trends: implications for crime and criminal justice", en Kevin WRIGHT (ed.), *Crime and Criminal Justice in a Declining Economy*, Oelgeschlager, Gunn and Hain, Cambridge, págs. 69 y ss.

Roger MATTHEWS (2014), *Realist Criminology*, Palgrave MacMillan, London.

Raymond MICHALOWSKI y Susan CARLSON (1999), "Unemployment, Imprisonment, and Social Structures of Accumulation: Historical Contingency in the Rusche-Kirchheimer Hypothesis", *Criminology* 37 (2), págs. 217 y ss.

Dario MELOSSI (1985), "Punishment and social action: Changing vocabularies of punitive motive within a political business cycle", *Current Perspectives in Social Theory* 6, págs. 169 y ss.

Dario MELOSSI (1989), "An introduction: Fifty years later, *Punishment and Social Structure* in comparative analysis", *Contemporary Crises* 13 (4), págs. 311 y ss.

Dario MELOSSI (1993), "Gazette of morality and social whip: punishment, hegemony and the case of the US, 1970-1992", *Social & Legal Studies* 2, págs. 259 y ss.

Dario MELOSSI (2003), "Introduction to the Transaction edition: The simple 'heuristic maxim' of an 'unusual human being'", en Georg RUSCHE y Otto KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, Transaction, New Brunswick, págs. ix y ss.

Dario MELOSSI (2011), "Neoliberalism's elective affinities: Penality, political economy and international relations", en Dario MELOSSI, Máximo SOZZO y Richard SPARKS (eds.), *Travels of the criminal question, Cultural embeddedness and diffusion*, Hart, Oxford, págs. 45 y ss.

Dario MELOSSI y Massimo PAVARINI ([1977] 1981), *The Prison and the Factory: Origins of the Penitentiary System*, Macmillan, London.

Dario MELOSSI, Máximo SOZZO y José BRANDARIZ-GARCÍA (2017), *The political economy of punishment today: Visions, debates and challenges*, Routledge, London.

Steven MESSNER y Richard ROSENFELD (1994), *Crime and the American Dream*, Wadsworth, Belmont.

Ngaire NAFFINE y Fay GALE (1989), "Testing the nexus: crime, gender, and unemployment", *British Journal of Criminology* 29 (2), págs. 144 y ss.

Robert PARKER y Allan HORWITZ (1986), "Unemployment, Crime and Imprisonment: A Panel Approach", *Criminology* 24 (4), págs. 751 y ss.

Joan PETERSILIA (2016), "Realigning Corrections, California Style", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 664, págs. 8 y ss.

Joan PETERSILIA y Francis CULLEN (2015), "Liberal but not stupid: Meeting the promise of downsizing prisons", *Stanford Journal of Criminal Law and Policy* 2, págs. 1 y ss.

Tony PLATT (2015), "Liberalism on Trial", *Social Justice* 42 (2), págs. 185 y ss.

John PRATT (2007), *Penal populism*, Routledge, London.

Steven RAPHAEL y Rudolf WINTER-EBMER (2001), "Identifying the Effect of Unemployment on Crime", *Journal of Law and Economics* 44, págs. 259 y ss.

Robert REINER (2007), *Law and Order: An Honest Citizen's Guide to Crime and Control*, Polity, Cambridge.

Jorge RODRÍGUEZ y Elena LARRAURI (2012), "Economic crisis, crime, and prison in Spain", *Criminology in Europe* 2012/2, págs. 10 y ss.

Richard ROSENFELD y Steven MESSNER (2013), *Crime and the economy*, Sage, London.

Georg RUSCHE ([1933] 1978), "Labor market and penal sanction: thoughts on the sociology of punishment", *Social Justice* 10, págs. 2 y ss.

Georg RUSCHE y Otto KIRCHHEIMER ([1939] 2003), *Punishment and Social Structure*, Transaction, New Brunswick.

Heather SCHOENFELD (2016), "A Research Agenda on Reform: Penal Policy and Politics across the States", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 664, págs. 155 y ss.

Andrew SCULL (1977), *Decarceration: Community Treatment and the Deviant –A Radical View*, Prentice Hall, New Jersey.

Thorstein SELLIN (1937), *Research Memorandum on Crime in the Depression*, Social Science Research Council, New York.

Jonathan SIMON (2011), "Editorial: Mass Incarceration on Trial", *Punishment and Society* 13 (3), págs. 251 y ss.

Jonathan SIMON (2014), *Mass Incarceration on Trial: A Remarkable Court Decision and the Future of Prisons in America*, The New Press, New York.

Jonathan SIMON, Ian HANEY-LOPEZ Y MARY FRAMPTON (2008), "Introduction", en MARY FRAMPTON, Ian HANEY-LOPEZ y Jonathan SIMON (eds.), *After the War on Crime*, New York University Press, New York, págs. 1 y ss.

Steven SPITZER (1975), "Toward a Marxian theory of deviance", *Social Problems* 22 (5): 638-651.

John SUTTON (2004), "The political economy of imprisonment in affluent Western democracies, 1960-1990", *American Sociological Review* 69 (2), págs. 170 y ss.

Michael TONRY (2004), *Thinking about Crime*, Oxford University Press, New York.

UNODC (2010), *Monitoring the Impact of the Economic Crisis on Crime*, Vienna: UNODC,

Jan VAN DIJK (2014), "It is not just the economy: Towards an alternative explanation of post-World War II crime trends in the Western world", en Sophie BODY-GENDROT *et al* (eds.), *The Routledge Handbook of European Criminology*, Routledge, Abingdon, págs. 109 y ss.

Yannis VAROUFAKIS (2013), *The Global Minotaur: America, Europe and the Future of the Global Economy*, Zed Books, London, 2nd edn.

Yolanda VAZQUEZ (2015), "Constructing Crimmigration: Latino Subordination in a "Post-Racial" World", *Ohio State Law Journal* 76 (3), págs. 600 y ss.

Loïc WACQUANT (2009), *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*, Duke University Press, Duke.

Don WALLACE (1980), "The political economy of incarceration trends in late US capitalism: 1971-1977", *The Insurgent Sociologist* 11, págs. 59 y ss.

Don WEATHERBURN (1992), "Economic adversity and crime", *Trends and Issues in Criminal Justice* 40, págs. 1 y ss.

Don WEATHERBURN y Kevin SCHNEPEL (2015), "Economic adversity and crime: old theories and new evidence", *Australian Journal of Social Issues* 50 (1), págs. 89 y ss.

Bruce WESTERN (2006), *Punishment and inequality in America*, Russel Sage Foundation, New York.

John WORRALL (2008), "Racial Composition, Unemployment, and Crime: Dealing with Inconsistences in Panel Designs", *Social Science Research* 37 (3), págs. 787 y ss.

Matthew YEAGER (1979), "Unemployment and imprisonment", *Journal of Criminal Law and Criminology* 70 (4), págs. 586 y ss.

Jock YOUNG (2011), *The Criminological Imagination*, Polity, Cambridge.

Frank ZIMRING (2007), *The Great American Crime Decline*, Oxford University Press, New York.

Frank ZIMRING y Gordon HAWKINS (1991), *The Scale of Imprisonment*, Chicago University Press, Chicago.

InDret
2.2021

La constitución del arbitraje

Víctor Ferreres Comella, The Constitution of Arbitration, *Cambridge University Press, Cambridge, 2021, 220 páginas*

Pablo Salvador Coderch
Universitat Pompeu Fabra
-

La constitución -con minúscula inicial- de un arbitraje, es decir su establecimiento, es imprescindible en unos casos, eficiente en otros, problemática en unos terceros, acaso imposible o prohibida en otros -como los penalmente relevantes-. Pero, para empezar, hay actividades que no pueden realizarse de ninguna manera sin uno o más árbitros, no hay alternativa al arbitraje. Es el caso de muchos deportes y, sobre todo, de los deportes de equipo competitivos, pero no solo de ellos: sin un árbitro que controle, inapelable y en el acto, el inicio, el desarrollo, la finalización del partido y el cumplimiento de las reglas que definen el deporte de que se trata, este no existe, se disuelve en el caos de un encuentro (más o menos) amistoso.

En cambio, hay otras actividades cuyo desarrollo es más sencillo, económico o rápido si incluyen un arbitraje como medio de controlar sus vicisitudes. Pero sin él, se pueden llevar a cabo. A mayor coste, con todo.

Hay actividades, como las relaciones bilaterales entre Estados soberanos en las cuales el arbitraje plantea cuestiones arduas, pero a la postre encuentra su función, al menos, en ausencia de un tribunal internacional operativo.

Y, por último, los conflictos penalmente relevantes quedan sujetos a la jurisdicción competente, su objeto no es disponible, ni, por tanto arbitrable.

En cambio, en derecho privado, al arbitraje se llega normalmente por acuerdo entre las partes. Los contratos son promesas jurídicamente vinculantes, esto es, justiciables, y el pacto arbitral también lo es. Pero contratos y pactos descansan sobre la certeza de que su cumplimiento será predominantemente voluntario en la inmensa mayor parte de los casos. La ejecución forzosa del laudo arbitral no es el único medio de impulsar su cumplimiento, pues en infinidad de relaciones sociales o, incluso, jurídicas, una reacción precisamente social, como la suspensión temporal de ulteriores tratos con el sujeto renuente, o su exclusión del grupo que lleva a cabo la actividad de que se trate pueden bastar para disuadirle de ignorar la resolución arbitral.

El constitucionalista Víctor Ferreres Comella, colega en nuestra común Universitat Pompeu Fabra, ha escrito ahora un libro de referencia sobre el arbitraje de inversiones y, en general, sobre los fundamentos constitucionales -normativos- del arbitraje como institución: en él se trata de la Constitución, con mayúscula inicial, del arbitraje. Es una ambición notable y mayormente lograda: quienes hemos enseñado qué es un arbitraje en derecho privado, cómo funciona y hemos participado como árbitros en arbitrajes mercantiles internacionales quedamos ahora en deuda con Víctor Ferreres, pues ha arrojado luz sobre muchas cuestiones, las ha ordenado y ha centrado nuestra atención en el tema de los fundamentos constitucionales del arbitraje: traducido al

español, el título de su libro sería "La Constitución del Arbitraje", un análisis de sus fundamentos normativos. En esta recensión ya he escrito que el libro se analiza desde un punto de vista más modesto: ¿qué aporta el arbitraje a una relación entre personas, organizaciones, instituciones o Estados? La respuesta ya hemos visto es que depende: es esencial en algunas actividades, resulta más o menos práctico en otras e imposible en unas terceras.

El autor da comienzo a su análisis con el arbitraje de derecho privado, su sede originaria y todavía la más genuina, pues el origen de la autoridad de los árbitros se encuentra en el consentimiento de las partes de someterse a su decisión, en lugar de recurrir a los jueces y tribunales competentes (pp. 9 y ss.). Pero hace falta algo más, sostiene el autor: se necesita al Estado. Y aunque uno discrepa de la extraordinaria tesis de la comparabilidad entre matrimonio y arbitraje que el autor asume como natural (p.14), es cierto que la ejecutabilidad de los laudos arbitrales, la posibilidad de su ejecución forzosa requiere del reconocimiento del Estado de que se trate. Si el arbitraje es pensable sin Estado -como ocurre en los deportes- la ejecución forzosa de los laudos no lo es. Pero los ordenamientos estatales exigen algo más que el simple consentimiento de las partes, pues el arbitraje implica la renuncia a la tutela judicial, al menos, en primera instancia, una asimetría que un constitucionalista entiende que exige, a su vez, un fundamento constitucional. Si el arbitraje no es necesario para el desarrollo de una actividad, la renuncia a la tutela judicial efectiva debe ser causal, no solo consensual, ha de estar justificada por el cumplimiento de determinados requisitos.

A ellos se dedica el capítulo segundo del libro (pp. 31 y ss.). Las distintas cartas constitucionales que analiza Víctor Ferreres se refieren con frecuencia solo indirectamente a la cuestión, en cuanto tutelan la libertad de los particulares para autorregular sus intereses. En derecho privado, la cuestión es menos candente, pues el arbitraje alcanza solo a posiciones jurídicas subjetivas disponibles, las cuales, por hipótesis son renunciables.

El capítulo tercero (pp. 49 y ss) analiza las cuestiones que el arbitraje plantea cuando se refiere a normas imperativas, al derecho de la competencia, por ejemplo, o al derecho del consumo, o al principio de igualdad ante la ley (sin discriminación por razón de sexo, edad, religión, nacionalidad u otra condición semejante). A ello se ha de sumar las exigencias de imparcialidad -compatible con la simpatía de un coárbitro por la parte que le nombró-, escribe el autor-, justicia básica (*fairness*) -la cual frecuentemente requiere razones, motivos, aunque ello no siempre fuera así en el pasado- y un mínimo control judicial, al menos relativo a la institución y al procedimiento. A diferencia de la jurisprudencia (*case law*), el arbitraje contribuye en menor medida que aquella al desarrollo del derecho (capítulo 4, pp. 83 y ss.).

El tratamiento del arbitraje mercantil internacional (Capítulo 5, pp. 90 y ss.) gira en torno a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), a la cual el autor quiere atribuir carácter similar al constitucional, hasta el punto de que concibe la plausibilidad de que los Estados tengan el deber de suscribirla. De hecho, en marzo de 2021, la han suscrito 168 y, de hecho, es casi ineludible, pero de derecho todavía no lo es. Al arbitraje internacional se recurre por las mismas razones que militan en su favor en el caso del nacional, pero con el añadido de que ayuda a las partes a cerrar un acuerdo cuando ninguna de ellas acierta a persuadir a la otra sobre la bondad e imparcialidad de su propio foro.
Hace décadas que explico en mis clases el Real Decreto 1525/1988, de 16 de diciembre, por el cual se autoriza el sometimiento a legislación extranjera y a arbitraje internacional de los contratos relativos a la Colección Thyssen-Bornesmisza, contratos que establecen las condiciones para la

instalación en España de la mayor parte de la Colección mencionada, a suscribir entre el Reino de España y Favorita Trustees Limited, que quedó sometido a derecho inglés en cuantos aspectos se relacionen con su interpretación y cumplimiento y que dispone además que las cuestiones o controversias que surjan se puedan someter a arbitraje internacional. Hoy la (¡espléndida!) Colección puede ser visitada en Madrid, pues las cosas salieron bien en un ejemplo magnífico de la utilidad del arbitraje, así como de la importancia de las cláusulas sobre derecho aplicable y foro en los contratos internacionales. También un caso que muestra cómo el Estado puede prescindir de la exorbitancia del derecho público sin demasiados problemas.

Los capítulos 6 y siguientes del libro comentado (pp. 113 y ss.) se dedican al arbitraje de inversiones y constituyen una de las mejores síntesis sobre los convenios arbitrales en inversiones internacionales. Muchos son bilaterales, pero el autor da razón de los instrumentos internacionales que persiguen proteger los intereses de los inversores extranjeros, como NAFTA o MERCOSUR. No existe, con todo, en esta materia un tratado con vocación universal -comparable al Convenio de Nueva York-, pero muchos tratados bilaterales incluyen cláusulas que permiten a un inversor acudir a un tribunal arbitral internacional. El ejemplo paradigmático es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI, ICSID en inglés), una institución del Banco Mundial, con sede en Washington.

El CIADI ha generado controversia por parte de quienes opinan que está estructuralmente sesgado a favor de los inversores extranjeros, pues toma en consideración demandas de inversores en el marco de tratados bilaterales y constituye una instancia única. El organismo, criticado por tener un sesgo favorable a los inversores, ha iniciado proyectos de reformas en relación con lo anterior, y el autor, capítulo 7 (pp. 137 y ss.), después de haber tratado de la cuestión relacionada con la necesidad de ofrecer niveles equivalentes de protección a inversores extranjeros y nacionales, rechaza que los sesgos estén fundamentados, proponiendo soluciones tales como incorporar juristas con buen conocimiento del derecho constitucional en los tribunales arbitrales (p. 149). Probablemente, seguirá siendo debatido si la cuestión quedría resuelta con medidas subjetivas de este tipo. Más objetivas son las consideradas en el capítulo 8 (pp. 143 y ss.): insistir en la conveniencia de laudos razonados, bien motivados, desarrollar un sistema de precedentes, llevar a la práctica -en teoría está admitido- la posibilidad de presentar escritos de amici curiae, como ocurre en la tradición del Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos de América, dar entrada a la opinión de los gobiernos sobre la designación de los árbitros, o sobre el procedimiento mismo (pp. 150-151). A la postre, siempre queda la posibilidad de que los Estados modifiquen los tratados, o al menos, de que apliquen las reglas que ya existen en muchos de ellos sobre notas interpretativas (pp. 153 y ss.). Más polémica puede parecer la propuesta de que, por razones democráticas, los tribunales tengan formalmente en cuenta las opiniones de las instituciones políticas de los Estados firmantes (p. 157). Mas el que hay un problema estructural lo muestra la propuesta de que la solución sería establecer un tribunal internacional permanente (pp. 158 y ss). De momento, y como se detalla en el capítulo 9 (pp. 164 y ss.), la tendencia dominante es hacia la fragmentación del derecho internacional y todavía falta consenso sobre la relación entre los tratados sobre derechos humanos y los de inversiones, esto es, sobre si aquellos prevalecen sobre estos (pp. 171 y ss.). Al final, resulta difícil discrepar de la tesis del autor: si bien, la doctrina de la superioridad jerárquica de los convenios internacionales de derechos humanos sobre los de inversiones no persuade suficientemente, no excluye la conveniencia de "diálogo jurisprudencial" y "coordinación institucional" (pp. 173 y ss.).

La diferencia, propia de cada jurisdicción nacional, entre arbitraje (fundado en el consentimiento) y jurisdicción (ejerce potestad) desaparece en derecho internacional: la autoridad de tribunales arbitrales y tribunales propiamente dichos reposa sobre el consentimiento de los Estados en disputa (p. 183), pero ello permite al autor partir del análisis de la idea de que los tribunales internacionales tienen una base o fundamento consensual para tratar de superarla, pues esta tesis encuentra objeciones serias: los tratados internacionales vinculan a los Estados; la costumbre internacional es vinculante; es contraintutivo afirmar que un Estado puede llevar a cabo prácticas genocidas o de agresión; el art. 2 de la Carta de Naciones Unidas enuncia principios que son universalmente vinculantes, aun para Estados que no sean miembros de la organización (p. 187; los Estados tienen obligaciones con las poblaciones sobre las cuales ejercen poder territorial; y no hay duda de que necesitamos al derecho internacional para decidir sobre la existencia o emergencia de un Estado mismo. Por todo ello, concluye, la soberanía no es un concepto normativo externo y previo al derecho internacional (p. 189): "un Estado es soberano en cuanto no está sujeto a la jurisdicción de ninguna otro Estado, sino solo al derecho internacional" (*ibidem*). Ello sugiere, sostiene casi al final, que crecientemente hay argumentos de peso para defender una jurisdicción internacional con potestad propia. Mas, con realismo no siempre propio de estos niveles de análisis normativo, el autor no pude dejar de concluir que esto es algo no va a ocurrir pronto (p. 194).

El libro concluye con un capítulo 11 (pp. 196 y ss.) dedicado a exponer las virtudes y limitaciones del arbitraje internacional entre Estados: entre las primeras se encuentra la ventaja de la especialización y experiencia, la flexibilidad del procedimiento, el menor riesgo -comparado con el asociado con un litigio judicial- a la reputación del Estado que pierde la disputa y la circunstancia de que el Tribunal Internacional de Justicia solo resuelve diferencias entre Estados. Pero hay también inconvenientes: las partes, como en el arbitraje doméstico, pueden dejar de designar a los árbitros, es posible que el Estado no favorecido por el laudo alegue *ex post* el exceso de jurisdicción del tribunal arbitral; la ejecución es más fácilmente eludible y todo el procedimiento arbitral es relativamente más costoso que el jurisdiccional. Las ventajas, con todo, superan a los inconvenientes. En ausencia de un legislador internacional, de un poder legislativo global, el arbitraje permite cubrir lagunas normativas. En nuestros tiempos, solo cede claramente su posición ante tribunales permanentes que operan en el marco de organizaciones regionales como, paradigmáticamente, la Unión Europea. Mas, fuera de algunas cuestiones muy básicas -nadie ampara el genocidio- está por ver si el mundo no es demasiado grande y diverso para un solo tribunal global. A Víctor Ferreres Comella hay que agradecerle haber puesto en claro muchas cuestiones generales sobre el arbitraje además de haber abordado monográfica y magníficamente las específicamente relacionadas con el arbitraje internacional de inversiones.

InDret
2.2021

El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital

Esther Arroyo Amayuelas y Sergio Cámara Lapuente (dirs.), Marcial Pons, 2020, 526 páginas

Gabriel Macanás
Universidad de Murcia
-

Cualquier profesor de Derecho pronto descubre la dificultad de conocer realmente bien un tema. Mi impresión, o más bien lo que he aprendido, es que verdaderamente se acaba sabiendo de aquello sobre lo que investiga, y se intenta mantener un conocimiento de cierta dignidad respecto a todo lo demás. A veces, puede ser fácil desconectar de lo que no se está investigando, para descubrir, poco después, que el Derecho ha seguido avanzando, con la sociedad, dejándonos atrás. En pocos ámbitos la sociedad avanza más rápido que en el ámbito digital, por lo que son especialmente necesarios estudios jurídicos como el que se recensiona. **El Derecho Privado en el Nuevo Paradigma Digital**, obra colectiva dirigida por Esther Arroyo Amayuelas y Sergio Cámara Lapuente, trata de forma amplia algunos de los principales focos de desarrollo y cambio jurídico, impulsados por este nuevo paradigma tecnológico y digital.

La obra, divida en cinco bloques temáticos, contiene dieciséis capítulos respecto a los efectos jurídicos de los cambios disruptivos que está suponiendo la tecnología, así como las regulaciones que se están proponiendo para disciplinarlos. Se trata de contenidos heterogéneos, pero también complementarios en un doble sentido. En primer lugar, el tratamiento de las cuestiones analizadas, todas principales en este ámbito, conforma una completa perspectiva general del derecho privado en este mundo digital. En segundo lugar, sus contenidos se siguen en una progresión natural que ayuda al lector, hacia una completa comprensión de la materia. Mantiene, claro, los problemas de toda obra coral, para la que siempre es imposible agotar la potencialidad de temas a tratar, así como conseguir una sistemática cerrada equivalente a la propia de las obras monográficas individuales. Sin embargo, la variedad de los temas tratados consigue que, además de ser un libro que permite al lector entrar plenamente en este nuevo ámbito digital, también sea una obra que ofrezca contenidos más específicos, susceptibles de interesar de forma especial para investigaciones más concretas.

Desde un punto de vista formal, el sumario inicial, simplificado respecto al índice final, permite construir, de principio, una idea general sobre la obra. Acaso podría agradecerse una relación de las referencias bibliográficas utilizadas o citadas, dada la facilidad de que –con una temática tan heterogénea- no se esté familiarizado con la bibliografía de alguno de los ámbitos tratados. En cuanto al contenido, la variedad temática exige una referencia particular para cada uno de los bloques.

En la primera parte de la obra, **«Contratos sobre contenidos digitales, servicios digitales y compraventa de bienes de consumo»**, participan MORAIS CARVALHO, J., TWIGG-FLESNER, C, ARNAU RAVENTÓS, L., y GSELL, B. Trata fundamentalmente las Directivas 770 y 771 de 2019, ambas de 20 de mayo, sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales; y sobre compraventa de bienes, respectivamente. Directivas cuya transposición ha de ser ya prácticamente inmediata, siendo la fecha máxima para hacerlo el 1 de julio de 2021, para su

aplicación el 1 de enero de 2022 (arts. 24.1 y 24.2 de cada una de las directivas). Son directivas de armonización plena, de máximos, por lo que establecen un umbral general de protección de los consumidores que los Estados miembros no podrán mejorar en sus normativas nacionales. Esto último hace aún más interesante -y necesario- el estudio de las posibles lagunas o antinomias, puesto que la actividad legislativa de los Estados que pretendiera colmar tales espacios podría confrontar el impuesto por las directivas.

Los cuatro autores tratan la cuestión desde perspectivas diferentes, aunque coincidentes en espacios comunes, que se complementan hasta en las concomitancias, cuando coligen en algunos de los aspectos potencialmente problemáticos de las directivas. Es reiterada la necesidad de acudir a los considerandos de las normas para intentar encontrar sentidos o contenidos que, tales textos carentes de contenido verdaderamente normativo, rara vez pueden colmar de forma plena.

Pese al objeto principal de estudio, no se tratan sólo problemas y circunstancias futuras, frente a la futura implementación de las directivas, sino que algunos de los problemas afrontados son ya actuales, y los argumentos ofrecidos pueden resultar ya útiles para tratar estas cuestiones. Por ejemplo, hoy, un consumidor que haya contratado alguno de los servicios de retransmisión en línea de contenidos audiovisuales, puede encontrar la opción de "comprar" una película. En la información que la plataforma proporciona en el momento de la adquisición, no hay más datos o advertencias que la posibilidad de "comprar" y el precio de compra (equiparable, en ocasiones, al precio por el que podría adquirirse una copia en soporte físico). Además, la misma plataforma puede tener una opción diferente, para la misma película, de "alquilar". Sin embargo, en las condiciones generales de la plataforma, de no fácil acceso para el consumidor que compró la película, en primer lugar, se advierte de que el material "comprado", únicamente podrá verse «durante el período de tiempo limitado que dure la suscripción» y que, además, «puede que deje de estar disponible debido a posibles limitaciones de la licencia del proveedor de contenidos, o por otras razones». Además de eventuales problemas generales relativos a la incorporación o abusividad de tales cláusulas, persisten otros problemas directamente afrontados en la obra. De principio, no podría tratarse, *rectius*, de una compraventa por no ser el objeto un bien tangible (ex art. 2.5 DCV); lo que podría incidir directamente en el consentimiento de un consumidor al que se le presenta como tal. Pero, incluso si el *nomen* técnico pudiera no ser relevante, el hecho de que se entienda como un suministro individual, o integrante de un suministro continuo, podría determinar que la responsabilidad del suministrador pudiera terminar con la extinción del contrato, o extenderse durante años, desde el concreto acto de suministro.

En la segunda parte de la obra, **«Destino de los datos personales y servicios personales: ¿comercio y/o protección?»**, participan METZGER, A., CÁMARA LAPUENTE, S., GARCÍA PÉREZ, R. M., y GINEBRA MOLINS, M. E. Trata la regulación de los datos dada desde el RGPD, con una perspectiva más amplia, y alcanzando mayor profundidad; hasta la DCSD, -en ocasiones un reflejo, de protección atenuada, del Reglamento-; pasando también por la normativa estatal. Se trata, además, de un espacio en el que la armonización de la Directiva no será de máximos, por lo que la implicación de las distintas normas, así como otros desarrollos posibles, tendrá una relevancia mayor. Sobre todo, si se tiene en cuenta que la propia realidad regulada es tan variable como la tecnología. Hasta conceptos como "eliminación" o "anonimización", vendrán determinados no sólo por reglas jurídicas, sino por aspectos técnicos en los que futuras tecnologías podrían cambiar, incluso de situaciones consolidadas anteriores (y ser posible personalizar datos que eran anónimos, o revivir datos borrados, por ejemplo).

Resulta evidente que las relaciones jurídicas de los proveedores de muchos de los servicios digitales, aun no contando con el pago dinerario como elemento, no se producen por la mera liberalidad del bienhechor. Sin embargo, tampoco se ha alcanzado el reconocimiento de la cesión de datos como contraprestación sinalagmática, una medida con consecuencias no siempre sencillas -sobre todo en lo que respecta a los datos no personales-. De ahí que se haya optado, aun sin convertir en los datos en "mercancía", por reconocer que la "facilitación" de datos forma parte de la relación contractual. Este es el punto de partida de esta parte de la obra, que necesitará -u ofrecerá- matizaciones y diferencias en una regulación sobre supuestos de hecho no siempre fáciles de aprehender.

La diferencia entre datos necesarios para la propia prestación ofrecida por el prestador, y otros que a éste le serían de utilidad; datos personales y datos no personales; datos no personales creados o proporcionados por los clientes, o deducidos y confeccionados por los prestadores; son sólo algunos de los binomios tratados de forma sistemática y completa por la obra. También se abordan, de forma transversal, cuestiones generales proyectadas sobre la especificidad de los datos, desde el consentimiento, incidiendo asimismo en el verdadero consentimiento que un consumidor medio puede llegar a proyectar sobre las condiciones generales existentes, incluso sobre la propia legislación sobre la materia -que no será abusiva, pero a veces no es trasparente ni para el investigador profesional-.

Además de señalar algunas de las lagunas o imprecisiones de la norma, también abordan estos capítulos cuestiones tan relevantes como la relación entre la revocación del consentimiento respecto de ciertos datos y la eventual extinción del contrato. Si se trata de datos necesarios para la relación jurídica, parece claro que esta tendría que terminar. Evoca la lectura cuestiones como si, de tratarse de un derecho indisponible, determinadas revocaciones podrían causar daños indemnizables, como puede ocurrir cuando se trata, por ejemplo, del derecho a la propia imagen. Por otra parte, si la facilitación cuyo consentimiento se revoca no es incompatible con el mantenimiento de la relación, pero sí fue presupuesto para la prestación de la misma, no parece claro si podría terminar la relación con la resolución del contrato. Incluso, cabría imaginar la facilitación de determinados datos como prestación facultativa, alternativa quizá a un efectivo pago dinerario, de dónde podría discutirse si tal previsión pudiera esconder acaso un perjuicio ilícito causado por la revocación -en lo referido por el Cdo. 42 RGPD-; o si se trataría de una opción abierta al consumidor, que rodearía, sin penetrar, el tabú de la mercantilización.

En fin, trata esta parte también la disposición mortis causa de los datos, que, aunque en muchas ocasiones podrán entenderse como parte del patrimonio transmisible del causante, aplicando a los supuestos específicos la teoría general, pasan también por especificidades derivadas no sólo de la propia sustancia digital, sino del medio jurídico en el que se integran (así, por ejemplo, la duración vitalicia que pudieran tener determinadas licencias o contenidos derivados de un servicio digital).

En la tercera parte, «**Comercio electrónico y mercados online**», participan CAMPOS CARVALHO, J., LAFUENTE SÁNCHEZ, R., y RUIZ VEGA, A. V. Trata de forma pormenorizada distintas cuestiones que la digitalización de la contratación ha hecho determinantes. En primer lugar, ha sido una constante la persistente necesidad de distintos agentes en el comercio, así como los costes que cada uno acumula para la transacción final en la que han intervenido. La irrupción de las llamadas economías disruptivas posibilita que, a través de la nueva tecnología de las comunicaciones, la oferta y la demanda de productos y servicios reduzcan los intermediarios y sus costes de transacción hasta un nuevo umbral, en el que la posición central quedaría ocupada

por las "plataformas". La obra se ocupa de los nuevos problemas y desafíos que suponen estas plataformas, aparentes intermediarios generalistas. En concreto, la obra parte de si su labor es de verdadera intermediación entre las partes; o de participación directa en unos mercados que pueden llegar a dominar. En este sentido, la DCSD toma en cuenta las plataformas como posibles empresarios, a efectos de verse sujetos por la misma (Cdo. 18, con referencias también en los cdos. 41 y 57).

Por otra parte, el carácter global de la red, así como la proyección igualmente transfronteriza de sus contenidos, determina la aparición de nuevos escenarios contractuales. La posibilidad de acceder desde una ubicación especial determinada a espacios digitales de todo el mundo es una realidad cotidiana, así como también es posible, para los vendedores o prestadores de servicios a través de tales vías digitales, el poder discriminar geográficamente el acceso a sus productos o servicios. Por ello el Reglamento 2018/302, de 28 de febrero, se dirige a impedir el bloqueo geográfico injustificado, así como otras formas de discriminación, de forma que el lugar de residencia o establecimiento del consumidor o del empresario no puedan determinar un trato diferencial injusto. El interés de estas cuestiones se agudiza, además, cuando afectan a toda una sistemática aún anclada en un modelo analógico. Así, por ejemplo, en el ámbito de la competencia judicial, o de la determinación de la ley aplicable, el hecho de que una oferta sea accesible -forzosamente- desde cualquier territorio tiene que disociarse de los supuestos en los que se traten de actividades dirigidas a tales territorios.

Esta parte de la obra finaliza con el tratamiento de las específicas circunstancias económicas y socio-psicológicas en las que el consumidor recibe la oferta y decide prestar su consentimiento. El entorno digital sin duda supone un cambio cualitativo respecto a la contratación de productos materiales, en un entorno físico. Cambios que a un jurista pueden interesar no sólo desde la perspectiva económica, sino, especialmente, a efectos de valorar su incidencia en los distintos ámbitos de la conformación y expresión de la voluntad del consumidor; desde la transparencia hasta la posibilidad de la existencia de un error provocado que pudiera determinar incluso la anulación del contrato.

La cuarta parte de la obra trata las «**Plataformas de intermediación y propiedad intelectual**» y en ella participan ARROYO AMAYUELAS, E., SPINDLER, G., y VENTURA VENTURA, J. M. Principia con la responsabilidad de los intermediarios en internet, en cuanto prestadores de servicios, confrontándola con unos principios de neutralidad -de contenidos- y de puerto seguro que están teniendo que adaptarse -cuando no colisionar- con las realidades digitales emergentes. La Directiva 2000/31, de 8 de junio, actual pieza angular de la regulación tratada, reconoce que los contenidos pueden ser responsabilidad de los proveedores, sobre todo cuando estos articulan sus servicios -y lucro- a su alrededor, pero estableciendo a su vez en su art. 14 una limitación de tal responsabilidad que, de ser objetiva, podría determinar la imposibilidad de prestar esos servicios. Gran parte de la esencia de lo que internet ofrece nace con la posibilidad de gestionar, automáticamente, cantidades ingentes de información. Formas de actuación que, al tiempo, permiten mantener una neutralidad ideológica respecto a los contenidos, pero que también hacen sostenible económicamente a las plataformas, que serían incapaces de una gestión individual, consciente, humana, de cada información recibida. Sin embargo, gran parte del riesgo de lo que internet supone, viene dado por la posibilidad de utilizar la publicación de información con fines ilícitos, sin sometimiento a ningún control. La tensión entre estos extremos intenta conciliarse con instrumentos como la disociación entre el carácter activo o pasivo del proveedor; su efectivo conocimiento de los contenidos o la ilicitud; o la diligencia general de los proveedores. Pero tales recursos, aunque pueden ser útiles en lo general, no sólo pueden resultar

equívocos sino, como bien se apunta en la obra, en muchos casos, hasta paradójicos: de la mera letra de la norma podría dar la impresión de que una actitud de absoluto y deliberado desconocimiento y alejamiento de los contenidos podría resultar premiada -con mayor irresponsabilidad- frente a determinados acercamientos que, intentando evitar o controlar determinados contenidos, podrían situar al proveedor en una situación más responsable. Asimismo, y de forma más general, se advierte en la obra del peligro de que, para evitar el riesgo de la responsabilidad, los proveedores tiendan a adoptar formas masivas de prevención control automático que tiendan a eliminar contenidos en caso de duda, lo que, aunque podría aumentar la seguridad del contenido, acaso podría acabar en una progresiva censura de los contenidos, afectando además de forma desigual a distintas temáticas y colectivos.

De forma complementaría, sigue tratando la obra la Directiva 2019/790, de 17 de abril, sobre derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital, principalmente su art. 17 (veinticinco párrafos de norma), que regula los usos de contenidos protegidos por prestadores de servicios, para compartirlos, en línea. No es sencillo el equilibrio entre la neutralidad y la libertad en el acceso a la red y el intercambio de información entre los usuarios, y la adecuada tutela de los derechos de propiedad intelectual. Sobre todo, cuando probablemente hayan sufrido sus mayores lesiones con el desarrollo de internet. Desde un punto de vista técnico, se complica ya desde la premisa de la norma hasta sus consecuencias más allá de los efectos de la misma. Desde la dificultad de determinar los sujetos activos de la norma, valorando cuando el fin principal o uno de sus fines principales sea almacenar y dar acceso público a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas, cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona, con fines lucrativos (art. 2.6 DCMUD); hasta las consecuencias que la responsabilidad y el deber de control de las plataformas en estos caso puede los usuarios, cuando aboquen a medidas preventivas o de control generales, incluso cuando la información que compartan no tuviera por qué estar necesariamente en el ámbito de protección.

La exhaustividad de la obra en el tratamiento de los problemas de este ámbito se completa con el estudio concreto de cuestiones específicas, como los derechos de las editoriales de publicaciones y prensa respecto a los contenidos utilizados por los prestadores de servicios en el ámbito digital. El formato papel permitía a las editoriales un control casi total sobre el contenido que imprimían y distribuían. Perdido tal control, y siendo los contenidos de prensa masivamente accesibles en línea, el art. 15.1 DCMUD intenta dar solución a este problema. Además de la exégesis de las cuestiones más discutibles de la regulación tratada, como el tratamiento de los "fragmentos no significativos" de contenidos tutelados, en la obra se señalan también los posibles efectos no siempre esperados de la norma. Así, por ejemplo, si ahora la totalidad de los contenidos tratados resultan exclusivos de las editoriales, acaso habría de desaparecer la "compensación equitativa" reconocida en nuestro art. 32.2 TRLPI, pues podría no haber ahora uso "no necesitado de autorización" que compensar.

En la quinta y última parte de la obra, **«Retos de futuro en la Unión Europea: identidad digital y conducción autónoma»** participan DAGILIENE, L., ASTROMSKIS, P., y NAVARRO-MICHEL, M., y en ella se afrontan dos cuestiones hasta cierto punto heterogéneas, pero vinculadas por la radical intervención de los avances tecnológicos en las relaciones jurídicas humanos.

Se trata, primeramente, la identidad humana, en los entornos digitales. Esta cuestión puede ofrecer distintas dimensiones, más allá de su premisa como sujeción existencial del sujeto al negocio jurídico. Las nuevas relaciones sociales digitales hace tiempo que confirmaron la duplicidad de identidades, los posibles desarrollos divergentes de la personalidad en el ámbito

digital frente al material. Se está consolidando así una nueva identidad de un mismo sujeto, susceptible de su propia recognosciblidad, reputación, valor comercial y, también, valor personal, moral. Más en concreto, trata la obra la identidad como herramienta, la individualización de la parte contractual que, en un entorno digital, carece de la base indubitada de la presencia física. Para verificar esta identidad, para hacer cierta esta individualización, resulta necesario acudir a procedimientos técnicos que han ser reconocidos normativamente como única alternativa a una casuística y permanente discusión probatoria. Sin embargo, si verificación se practica a través de documentos o herramientas externas al propio sujeto, podría siempre ser otro sujeto quien los utilice (la llave, la tarjeta, la clave…). Podría plantearse un deber de control del sujeto sobre tales instrumentos, sancionando su negligencia con la vinculación, pero acaso así se estaría introduciendo una suerte de consentimiento presunto por negligencia, lo que iría aún más allá de los supuestos previstos para la representación ultra vires, o sin mandato. Se tratan también otros sistemas, fundamentalmente biométricos (desde el reconocimiento facial u ocular, hasta el reconocimiento del olor corporal o del ADN), pero se trata de sistemas en desarrollo, que podrían implicar costes de transacción más altos para los sujetos y que, quizá, sus ventajas pudieran minimizarse con futuros desarrollos tecnológicos que afectaran a su susceptibilidad frente a intromisiones externas. Todas estas cuestiones, además, se tratan en relación también al interés público, especialmente perceptible en el ámbito financiero, a efectos del adecuado control de tales actividades, lo que acaso ha propendido que las principales iniciativas legislativas de la UE en este ámbito vengan dadas por esté interés (como la quinta de las sucesivas directivas al respecto, la 2018/843, de 30 de mayo de 2018).

Termina la obra dedicándose a la intervención de nuevos "agentes" autónomos, autómatas quizá. Diseñados, programados, construidos y, además, susceptibles generar hechos jurídicos hasta ahora inéditos. Lo hace en el concreto ámbito del tráfico rodado, respecto a la participación de vehículos autónomos en accidentes. Supuesto que ya no es una hipótesis de futuro, sino una realidad en implementación, que sin duda se extenderá y, acaso, podría llegar a excluir al conductor humano, como factor de riesgo excesivo. Como seña la obra, esta novedad, como tantas otras, puede encontrar las bases de su "nueva regulación" en las categorías generales, sin perjuicio de la necesidad también de afrontar legislativamente la novedad. En el ámbito de su especialidad, el fenómeno sería en principio compatible tanto con el régimen general de responsabilidad del TRLRCSCVM; como también, de forma menos efectiva, con las normas de productos defectuosos del TRLGDCU. Respecto a los contenidos netamente novedosos, se señalan propuestas de aplicaciones analógicas partiendo el régimen de responsabilidad previsto para los animales; para el hecho ajeno cometido por dependiente del menor; o incluso la creación, ex nihilo, una nueva categoría que "personificara" el vehículo autónomo (que acaso podría generar más problemas que los que resolvería, al tener que dotarse a esta nueva "persona" de patrimonio y, acaso, representación). Sin embargo, se apuntan nuevos escenarios que implican la necesidad de nuevas respuestas, como la importancia determinante frente a terceros del mantenimiento no mecánico, de las actualizaciones. También se plantea si, en supuestos de conducción autónoma, habría de ser objetiva la responsabilidad; aunque podría pensarse si, frente a la imputación objetiva, acaso un vehículo de estas características no aumentaría el riesgo, sino que, de hecho, lo reduciría respecto a una conducción humana en las mismas circunstancias. Todo ello, además, con repercusiones inevitables en el ámbito del seguro, que acaso podría llegar a una distorsión del mercado con implicaciones sociales en relación al coste de este nuevo tipo de automoción.

Se ha intentado ofrecer en la recensión una idea del vasto contenido que afronta la obra, el recorrido que ofrece a lo largo de este nuevo paradigma digital. Una lectura completa, rigurosa, y sólida tanto en su redacción como en sus referencias. Una obra que, sobre todo, sugiere con la lectura. Ofrece soluciones, pero también suscita preguntas. Completa e inspira al pensamiento jurídico, lo que, junto con la conformación de la base objetiva del conocimiento, es el mejor de los contenidos que un libro de este tipo puede ofrecer.

InDret
2.2021

ExLibris
Sección coordinada por *Pablo Sánchez-Ostiz*

Recensiones:

Recensión a Alberto DAUNIS RODRÍGUEZ, *La graduación de la imprudencia punible*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2020, 236 páginas, por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

Recensión a Eduardo RAMÓN RIBAS, *Desobediencia, Estado de Alarma y Covid-19*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 218 páginas, por Sergio PÉREZ GONZÁLEZ

Recensión a Claus ROXIN/Luís GRECO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* [Derecho penal, Parte General, I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito], 5.ª ed., Beck, München, 2020, XXXV, 1.249 páginas, por Günther JAKOBS

Análisis:

Hans WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtwissenschaft*, Deutsches Druck- und Verlagshaus Gmbh, Mannheim-Berlín-Leipzig, 1935, 89 páginas, por Carlos PÉREZ DEL VALLE

-

InDret
2.2021

Alberto Daunis Rodríguez, La graduación de la imprudencia punible*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2020, 236 páginas*

Pablo Sánchez-Ostiz
Universidad de Navarra
pablosostiz@unav.es

-

Las reformas que el régimen de la imprudencia ha experimentado en el código penal español en 2015 y 2019 merecen un estudio monográfico que aporte luces y soluciones al panorama legislativo y jurisprudencial que se plantea. Y este es el tema de la nueva monografía de Alberto DAUNIS, profesor titular de la Universidad de Málaga, quien ya en anteriores ocasiones se había ocupado de la imprudencia: en *Revista Penal*, 2018; *InDret*, 3/2018; y *La Ley Penal*, 2020.

La desaparición de las faltas y la distinción entre imprudencia grave y menos grave, con la consiguiente despenalización de la de carácter leve (en 2015) no fue una reforma menor. Y tampoco lo fue la definición de las imprudencias en materia de tráfico (en 2019). Buena parte de los consensos alcanzados en cuanto a la conducta descuidada y su sanción se vieron alterados, y hacía falta un estudio detallado que presentara todos los aspectos, sobre todo el de su graduación. El punto de partida de la monografía es la poca claridad con la que legislador y tribunales valoran las conductas consideradas imprudentes: esta falta de claridad no es aceptable, y se impone la necesidad de aportar criterios y soluciones para esclarecer la confusión. En particular, la aparición de la imprudencia menos grave plantea la duda de si se corresponde con la antigua de carácter leve, hoy impune, o se conforma a costa de la grave dejando fuera del Derecho penal las de menor entidad. La aspiración del legislador de resolver *ex lege* problemas de aplicación práctica al caso, lejos de solucionarlos, puede crear otros derivados de la aplicación formalista, como bien critica el autor (pp. 135-139, 148-149).

El trabajo se estructura en seis capítulos, precedidos de una breve introducción. Los tres primeros trazan, a modo de Parte General, el marco conceptual del tema: evolución histórica del régimen legal de la imprudencia; la idea de infracción del deber de cuidado; y los criterios generales de graduación de la gravedad. Siguen otros tres capítulos, por así decir, como Parte Especial, referidos a la graduación de la imprudencia en sendos ámbitos de especial relevancia práctica: tráfico viario, actividad laboral y sector médico. En estos últimos capítulos la estructura es similar: primero, se establece el margen del deber de cuidado, para luego descender a múltiples decisiones judiciales de las que se da cumplida información. Y en efecto, se recogen abundantes resoluciones que enriquecen el texto con información de casos y sus soluciones, un aspecto sin duda positivo de esta publicación. Igualmente, es abundante la bibliografía reciente especializada en lengua española para cada uno de esos tres ámbitos de la imprudencia.

En el cap. I (*La imprudencia en el código penal español*) se efectúa un estudio detallado del régimen de previsión de delitos imprudentes, desde los primeros códigos, hasta las últimas reformas. Obviamente, la atención se centra en el código de 1995 (*numerus clausus*, y desaparición de la imprudencia con infracción de reglamentos), pero muestra también cómo este régimen se ha ido modificando desde su entrada en vigor: primero, con los intentos de despenalización de la

imprudencia leve, y luego con el surgimiento de la menos grave, propiciado por la despenalización de las faltas, hasta culminar, de nuevo, con supuestos de infracción de reglamentos, en el ámbito del tráfico viario. Aunque el tono de este capítulo es sobre todo descriptivo, no faltan tomas de posición sobre temas claves (p. 45), como el del contenido de la imprudencia menos grave, a costa de los supuestos leves. Ya en este capítulo se argumenta una de las líneas que estructuran el texto: y es que no es correcto, a juicio del autor, asociar la consideración de una conducta como imprudente con la infracción administrativa: "Cualquier tipo de interpretación que identifique plenamente infracción administrativa con delito penal no se compadece bien con la propia configuración del delito imprudente, el cual se basa en la infracción del deber objetivo de cuidado" (p. 55).

Los caps. II y III (en cierto modo, complementarios: *La infracción del deber objetivo de cuidado como elemento configurador del delito imprudente*, y *Criterios generales para graduar la gravedad de la imprudencia*), exponen los conceptos claves en los que se sitúa la imprudencia: el deber objetivo de cuidado y el riesgo permitido, las reglas o normas técnicas, y el baremo del hombre medio, sobre los cuales debe articularse la triple graduación de grave y menos grave, frente a la leve (impune). Se trata, sobre todo en el cap. II, de conceptos doctrinales más o menos generalizados, con base en la bibliografía general en la materia, en donde la aportación personal es menor, en comparación con la descripción de categorías que gozan de cierto reconocimiento desde hace años. No era objetivo de su autor elaborar una monografía sobre la imprudencia, sino solo sobre la graduación prevista en el Derecho español. Por otra parte, el autor apela a la consideración del caso concreto, como dato necesario para poder evaluar el deber de cuidado y su infracción.

Dentro de este marco así trazado, los capítulos siguientes afrontan la tarea de delimitar los diversos grados de la imprudencia en ámbitos de la actividad humana en los que se dan con más frecuencia efectos lesivos para la vida y la salud de las personas como consecuencia de conductas descuidadas. Así, en el cap. IV aborda el estudio de la imprudencia en el tráfico viario, un sector en el que la actividad se halla amplia y detalladamente regulada mediante normativa sectorial que incluye infracciones y sanciones administrativas. Y es esa legislación la que establece los márgenes del deber de cuidado (pp. 90-91). En este campo, resulta de gran relevancia la reforma de 2019, que asocia la imprudencia grave y la menos grave a la comisión de infracciones de tráfico, calificables a su vez como muy graves, y graves, respectivamente. A juicio del autor, retorna de ese modo a nuestro sistema la "imprudencia con infracción de reglamentos". La normativa en cuestión será en buena medida determinante del deber de cuidado de quienes toman parte en el tráfico. Sin embargo, como bien señala el autor, esta asociación entre deber de cuidado y reglamentación administrativa deja mucho que desear (pp. 90-91), y cabría decir que encierra una petición de principio. Aunque reconoce que puede aportar cierta seguridad jurídica (p. 18), se trata de un aspecto que el autor rechaza, con razón, en la medida en que confunde planos y puede abrir la puerta a automatismos en la apreciación de la imprudencia (pp. 54-56, 94-96, 102-103, 105). De ahí alguna propuesta, como la restricción teleológica que acertadamente plantea (p. 139) para evitar la aplicación automática de la ley.

En el cap. V se analiza la graduación de la imprudencia en otro sector en el que la actividad se halla también regulada mediante normativa sectorial, con infracciones y sanciones administrativas: el ámbito laboral, en el que el cumplimiento de las exigencias de prevención de riesgos será clave para conformar el deber objetivo de cuidado. También en esta materia, el deber de cuidado se hace depender de la legislación en materia de prevención de riesgos laborales (pp.

151-164). Un aspecto especialmente importante en este campo, y que merece adecuada atención es el de la concurrencia de culpas (pp. 168-173, 185-188).

Por último, el cap. VI se refiere a la imprudencia en el ámbito de la actividad médico-sanitaria, en donde no existe un cuerpo normativo tan definido como en los dos anteriores, pero en el que el papel de la *lex artis* y los protocolos y estándares han establecido exigencias de cuidado. A diferencia de los otros dos ámbitos, el de la actividad médico-sanitaria no cuenta con un cuerpo de infracciones y sanciones administrativas equiparable; con todo, eso no impide que el deber de cuidado venga determinado por las exigencias de la *lex artis*, la cual, a su vez, se ve modulada o configurada por los numerosos protocolos y estándares de las diversas actividades médicas, como bien se señala (pp. 71, 196, en nota 25, 206). Como bien destaca el autor, en comparación con los otros dos, en este sector, abundan los casos de absolución (pp. 189, 211): es cuestionable si eso se debe al carácter inexacto de la ciencia médica (pp. 19, 191, 224) o a que se trate de un sector menos regulado en el que el consentimiento del paciente forma parte también de los elementos a tener en cuenta, en sede de imputación objetiva.

Las modificaciones experimentadas en el régimen de la imprudencia en nuestro código bien merecían un estudio monográfico como este. Y ciertamente DAUNIS logra buena parte de su objetivo, al estudiar el marco histórico y conceptual de los delitos imprudentes. La información que aporta sobre los criterios legales y jurisprudenciales es útil e ilustrativa. El lector encontrará abundantes casos y su solución jurisprudencial. Ya por estos motivos, la lectura del libro es aleccionadora. Algunos aspectos merecerían posiblemente alguna consideración, y es lo que se pretende efectuar a continuación, con el fin prioritario de valorar la calidad de esta monografía.

Como ya se ha señalado, en algunos pasajes, se echa de menos una referencia más amplia a la fundamentación dogmática de la responsabilidad por imprudencia. Se recurre entonces a conceptos más o menos generalizados en la doctrina y que gozan de cierta aceptación. La aportación personal es aquí menor, pero también hay que tener en cuenta la pretensión del autor, que no aspira a elaborar una nueva monografía sobre la imprudencia, sino a presentar críticamente el panorama de la graduación de las formas de imprudencia. Y esto, DAUNIS lo consigue. Como consigue también, recurriendo a las categorías de la imputación objetiva, resolver algunos problemas de imputación del resultado imprudente.

La frecuente apelación al caso concreto (pp. 68, 71, 72, 77, 81, 196...), corroborada por la amplia casuística presentada en los tres capítulos finales, como elemento a tener en cuenta es algo que, más que aportar luces, parece una rendición ante la dificultad de esclarecer más el deber de cuidado y conceptos afines. El lector extrae la conclusión de que más no resulta fácil decir, pero era algo que cabría esperar en estudios de este tipo. Asimismo, posiblemente merecería mayor atención la "imprudencia profesional", prevista para los casos de imprudencia grave, pero no la menos grave (arts. 142.1, 146, 152.1).

La selección de los tres ámbitos en los que se estudia la graduación de la imprudencia (tráfico viario, laboral y médico-sanitario) se justifican por lo numeroso de los riesgos que aquí se despliegan y la relevancia para la vida y la salud de las personas (p. 18), que son los casos para los que se prevé la distinción entre imprudencia grave y menos grave (homicidio y lesiones). Sin embargo, merece atención el posible efecto derivado de que la no definición de la imprudencia menos grave en otros ámbitos (por ejemplo, en los delitos de aborto, blanqueo de capitales, contra la salud pública, o el medio ambiente) acabe por considerar grave cualquier descuido,

antes que optar por la impunidad. Otro aspecto a tener en cuenta y que podría requerir más atención es el de la necesaria coordinación de los supuestos imprudentes (graves y menos graves), no sólo con las infracciones administrativas, sino también con los delitos de peligro (contra la seguridad vial y contra los derechos de los trabajadores).

A pesar de que excedería de los fines propuestos y las razonables dimensiones de la monografía, hay algunos temas que podrían requerir atención desde el punto de vista de la graduación de la imprudencia. Me refiero a otros ámbitos de la vida cotidiana que se hallan en mayor o menor medida regulados, y en los que también pueden derivarse efectos lesivos: el uso de armas, la salud pública, el medio ambiente. Casos aparte son los de sujetos obligados a un especial deber de diligencia, y para los que se prevén supuestos imprudentes (graves): en particular, el de las falsedades (art. 391) y el de la prevaricación judicial (art. 447). No era el propósito de esta monografía, pero sí temas que esta ha contribuido a dejar al descubierto, y que podrían ser objeto de estudio en el futuro.

Aparte, en aspectos formales, es de lamentar que el aligeramiento en la edición traiga consigo pasar por alto erratas que fácilmente podrían evitarse en un proceso de composición más cuidado. Son detalles formales que dicen mucho de las editoriales que los dan por válidos.

Por encima de estos aspectos, la obra de DAUNIS RODRÍGUEZ tiene el mérito indudable de haber afrontado el reto de resolver lo que el legislador no ha logrado, ni los jueces aciertan a coordinar en la variedad de soluciones a los múltiples supuestos enjuiciados. De ahí que una obra como esta contribuya a dignificar el trabajo de la doctrina al resaltar que hay mucho que decir y corregir en lo que el legislador da a menudo por cerrado.

InDret
2.2021

Eduardo Ramón Ribas, Desobediencia, Estado de Alarma y Covid-19*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 218 páginas*

Sergio Pérez González
Universidad de La Rioja
sergio.perezg@unirioja.es

-

Desobediencia, Estado de Alarma y Covid-19 es una monografía firmada por Eduardo RAMÓN RIBAS y publicada por Tirant lo Blanch en plena pandemia, en un momento en el que el Derecho estaba llamado a generar orden entre dramas personales y tensiones sociales. Como siempre, pero esta vez de manera sublimada. El Estado de Alarma decretado por el Real Decreto 463/2020 había dispuesto, entonces, el confinamiento domiciliario de la ciudadanía a través de la siguiente fórmula: "Durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente (…)".

La situación jurídica y social generó, en esas coordenadas, una notable incertidumbre, especialmente en relación con las sanciones propuestas para quienes incumplían un mandato tan excepcional en un momento tan excepcional. Las algo más de 200 páginas en las que RAMÓN RIBAS disecciona esta situación son, sin duda, una contribución oportunísima para que los operadores jurídicos (abogacía, judicatura, administración, agentes de la autoridad…) puedan agarrarse a una *doctrina de emergencia* que oriente sus decisiones. Una doctrina que, no por ser de emergencia, está poco fundada, como valoraremos en lo que sigue.

Había, digamos, una zona sin cartografiar en aquel panorama jurídico, una zona en la que se desmoronaron las certezas y se vertieron las especulaciones: El RD 463/2020 no incluía un sistema sancionador propio, sino que, en su art. 20, disponía que "el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes". El autor localiza de inmediato (p. 21) este boquete que la dogmática debía empastar urgentemente, ya que las garantías coactivas para que las disposiciones del Real Decreto se cumplieran quedaban reenviadas a otras normas. Y esas otras normas solo podían ser las que preveían la *desobediencia* (en un sentido tan general como para poder abarcar al RD 463/2020): la Ley Orgánica 4/2015, de Protección y Seguridad Ciudadana, y el Código penal.

Se trata, por tanto, de analizar las conexiones lógicas entre estas desobediencias y aquella norma sobrevenida, de manera que, no observarla, sea infracción penal y/o administrativa. Para ello, RAMÓN RIBAS propone, en línea de principio, un suelo dogmático desde el que partir y en el que ordenar la prelación entre órdenes jurídicos. Con tino, el autor pone en juego el principio de intervención mínima para distinguir, en el plano legislativo, la necesaria atención que el Derecho penal debe prestar al administrativo (pp. 32 y ss.); pero esta accesoriedad de lo penal –que debe exigirse en un sistema jurídico integrado, como *ultima ratio*–, no debe confundirse con una subsidiariedad aplicativa. De esta manera, si la acción se contempla como desobediencia prevista en el Código penal, será esta norma la que, preferentemente, deba aplicarse.

Así es como la obra recensionada propone una taxonomía (pp. 47 y ss.) –apuntalada por la jurisprudencia (pp. 52 y ss.)– de las desobediencias y resistencias previstas penalmente. Distingue el autor la desobediencia grave y la resistencia no grave, ambas recogidas en el art. 556 CP, de la resistencia grave, que tomaría ya la forma de atentado contra la autoridad prevista en el art. 550 CP. No hay, en esto, mucha controversia, pero de esta taxonomía se deriva una diferenciación elemental que sí será clave en relación con una hipotética conexión de la desobediencia penal con la prohibición del RD 463/2020: mientras que el atentado previsto en el art. 550 CP perfila al sujeto *desobedecido* (que no necesariamente sujeto pasivo en sentido técnico) como "autoridad, (..) sus agentes o funcionarios públicos", el art. 556 CP y el art. 36.6 LOPSC refieren que la desobediencia o resistencia no grave debe producirse ante "la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones" (p. 57).

Es central para RAMÓN RIBAS delimitar el perfil del sujeto a quien se desobedece. Y es que sobre esta fijación conceptual se construye el resto de su tesis. Reconoce el autor la inercia jurisprudencial que vincula la acción de desobedecer a una orden o mandato directo, concreto, que, a su vez, remite a un requerimiento personal (p. 69); tan personal que solo otra persona (un policía, pongamos) puede realizarla. Pero insiste el autor en señalar que esa inercia responde a un refinamiento interpretativo que restringe la tipicidad, estrechando las posibilidades legales, ya que el elemento *autoridad* podría exceder esa versión: "será consecuencia, por tanto, de una concreta interpretación del tipo que le otorga un ámbito de aplicación (…) inferior al que consiente su tenor" (pp. 73 y 83). Porque en esta línea interpretativa se deduce que, tras el concepto *autoridad* referido en la tipicidad, debe, necesariamente, aparecer una persona que comunica una orden. Y esto es restringir demasiado tal concepto.

El problema que plantea RAMÓN RIBAS es, en esencia, un problema de ontología del sujeto jurídico: ¿puede un órgano colectivo ser *autoridad*?, ¿puede el Consejo de Ministros comunicar algo que pueda desobedecerse?, ¿y el Congreso de los Diputados? Para el autor, no hay nada que impida una respuesta afirmativa. De este modo, en su opinión, puede desobedecerse al Gobierno al incumplir un mandato general dictado por el mismo; y de dicha desobediencia podría derivarse un delito o una infracción administrativa prevista en la LOPSC.

Habría argumentos para suscribir esta tesis. Uno de racionalidad sistemática: si el Código penal y la LOPSC refieren "la autoridad o sus agentes", cabe interpretar que, debido a la función lógica desarrollada por la conjunción disyuntiva, la *autoridad* no pueden ser *sus agentes*. Esto es, la *autoridad* es otra cosa que, si fuera un órgano colectivo, podría tener *agentes*.

Sin embargo, esta base ontológica amplia de *autoridad* parece tropezar con la definición auténtica dispuesta en el art. 24.1 CP, que vendría a completar lo desarrollado en el art. 556 CP, de modo que resulta complicado escapar a la identificación de la autoridad con una persona física; alguien que, "por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia". El autor contempla, claro está, esta definición (p. 75). Es evidente, por tanto, que, aunque el RD 463/2020 establezca en su art. 4.1 que, "a los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno", tal réplica definitoria de *autoridad* en relación con lo previsto en el art. 24.1 CP solo puede resolverse en favor de la LO 10/1995 –por rango normativo y especificidad definitoria– a efectos de aplicar el art. 556 CP.

El ejercicio de redefinición del *sujeto desobedecido* desarrollado por RAMÓN RIBAS pretende esquivar estos impedimentos argumentando que, "si los diputados y senadores tienen la condición de autoridad, difícilmente podrá negarse esta condición también al órgano constitucional del que forman parte" (p. 74). A mi juicio, se trata de un silogismo quizá condicionado por motivos teleológicos que no puedo compartir, ya que la definición auténtica del art. 24.1 CP refiere, expresamente, la condición de *miembros* con arreglo a una racionalidad evidente: en esa *fisicidad* se fundamenta el desvalor de la mayor parte de los tipos penales que, en la parte especial, la invocan (como sujetos físicos, activos casi siempre: la detención ilegal de los arts. 165 y 167 CP, la tortura del art. 174 CP, la trata en el art. 177 bis.5 CP, etc.; también como sujeto injuriado o calumniado en el art. 215 CP). Los bienes jurídicos protegidos en esos y otros muchos delitos se afectan más o menos, específicamente, por la vía del sujeto físico que interviene (casi siempre activo, en ocasiones pasivo) de manera figurativa, como persona implicada en el escenario criminológico. Es cierto que, en el delito que nos ocupa, puede argüirse que la autoridad no es sujeto activo, por lo que esa fisicidad queda desmerecida en un plano abstracto y poco aplicado. Pero no queda desmerecida la definición del art. 24.1 CP, que es la que, en último término, determina el alcance del concepto en todo el Código penal y que parece completamente condicionada por el carácter de *sujeto físico implicado*.

Cabe, en este sentido, aportar una nueva especulación al juego de posibilidades: ¿Y si el ministro de Sanidad, con sus comparecencias, estuviera dictando órdenes a la población? Esto es, ¿y si el mensaje o disposición desobedecida no fuera el art. 7.1 del RD 463/2020, sino la acción comunicativa del ministro, como autoridad delegada habilitada por el art. 4.3 a dictar disposiciones? El ministro encajaría, sin duda, en la previsión del art. 24.1 CP, aunque supongo que hacer de las comunicaciones públicas fuente del Derecho es una extravagancia (también lo es un estado de alarma).

En lo relativo al mensaje, comunicación u orden concreta, es cierto, como dice el autor, que la inercia jurisprudencial y doctrinal restringe el texto legal más allá de lo, en estas circunstancias, conveniente. Y lo hace, a mi juicio, como derivación de la fijación del sujeto desobedecido: visto que la autoridad debe sustanciarse en una persona, lo lógico es proyectar que tal desobediencia debe serlo respecto de una orden concreta, y no respecto de un mandato general. En este asunto, las observaciones de RAMÓN RIBAS resultan especialmente certeras: al fin y al cabo, la diferencia entre una orden concreta y un mandato general no incorpora, de suyo, criterios sustantivos, ya que el contenido de ambos está, en último término, sujeto a cierto margen de interpretación del destinatario (p. 82). El lenguaje, diríamos en clave filosófica, no agota la realidad, de modo que ya sea lenguaje oral, mediante una orden directa y personal, o lenguaje escrito, mediante una norma genérica, las posibilidades de ejecución del verbo son siempre múltiples.

Digamos, por tanto, recogiendo el análisis de RAMÓN RIBAS, que la dualidad entre mandato general y orden concreta incorpora cierto grado de ficción taxonómica jurídica que, precisamente con el RD 463/2020, se desvela inoperante: "Sin dejar de ser una norma o mandato general, es también un mandato o norma singular", ya que "se dirige a toda la ciudadanía, en efecto, pero se dirige también a todos y cada uno de nosotros" (p. 92). Vale decir, que el RD 463/2020 se sitúa a medio camino de esa gradación que va de lo concreto a lo abstracto, por lo que, por razón de su contenido, puede ser, efectivamente, desobedecido.

Es cierto que esto nos lleva a una suerte de irracionalidad sistemática por la que, mediante cualquier incumplimiento legal, podría cometerse, paralelamente, un delito o una infracción por

desobediencia. También esta objeción es contrarrestada por el autor, que, a propósito de los delitos que, de suyo, implican un desacato a la ley, indica que, "si no se castiga en concepto de delito de desobediencia es porque existe ya una previsión penal específica que contempla aquella desobediencia en concreto" (p. 143). Esto es, no podría penarse dos veces por el mismo fundamento, que nunca sucedería en el caso que nos ocupa, ya que el RD 463/2020 no incorpora un sistema sancionador.

Apuntala este argumento con una serie de supuestos del Código penal que prevén la posibilidad de desobediencia a disposiciones relativamente generales (pp. 94 y ss.). Con ello, RAMÓN RIBAS intenta desmontar el estribillo doctrinal que dice que las normas se infringen, pero no se desobedecen. El éxito es relativo, ya que los ejemplos rescatados del Código se proponen en términos, precisamente, de infracción y no prevén expresamente la desobediencia, como sí lo hace el art. 556 CP. Sin embargo, es cierto que, con ello, el autor muestra que el sistema penal puede operar como sistema de cierre reforzado ante incumplimientos previos.

La monografía de Eduardo RAMÓN RIBAS se completa con una panorámica de casos (pp. 123 y ss.) en los que se muestra la heterogeneidad argumentativa y resolutiva en nuestros juzgados, lo que da cuenta, precisamente, de la necesidad de unificar criterios y buscar salidas dogmáticas airosas a estas disposiciones jurídicas de urgencia.

En resumen: comparto los motivos teleológicos que vetean el trabajo de RAMÓN RIBAS, ya que no parece razonable dictar una prohibición sin aparato sancionador que la garantice (la crítica principal, por tanto, es para la redacción del RD 463/2020, que debería haber evitado el reenvío del sistema sancionador a otras normas, ya que estas otras normas incorporan unas exigencias dogmáticas y sistemáticas que limitan la eficacia de la remisión). Por esto, y en virtud de la integración del sistema jurídico –como cláusula de cierre del sistema (p. 89)– la vía explorada por RAMÓN RIBAS es, a mi juicio, muy procedente. De lo recensionado hasta aquí, de la recopilación crítica de sus argumentos, sitúo un punto de disenso en la definición del *sujeto que ordena*, pero convengo con el autor en que *lo ordenado* puede encajar sin problema en la literalidad de los castigos por desobediencia previstos en el Código penal y en la LOPSC.

En cualquier caso, y al margen de posicionamientos concretos, lo transcendente es que la monografía de Eduardo RAMÓN RIBAS surge como una obra rotunda y oportuna que ayuda a desmadejar el embrollo jurídico que ha acompañado a la pandemia. Y sirve en un triple plano: como sustento dogmático entre lo penal, lo administrativo y lo constitucional, como argumento operativo para la aplicación de una norma jurídica de urgencia y, por último, como repertorio casuístico ordenado en el que reconocer razonamientos más o menos lúcidos.

InDret
2.2021

Claus Roxin/Luís Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre [Derecho penal, Parte General, I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito], *5.ª ed., Beck, München, 2020, XXXV, 1.249 páginas*

Günther Jakobs*
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
gjakobs@jura.uni-bonn.de

-

La 5.ª edición, ya incrementada en todo caso en 100 páginas según la numeración de pp., la ha ampliado GRECO de un modo considerablemente mayor: el tamaño de los caracteres ha sido reducido claramente, algunas rúbricas han sido ahora incluidas dentro del comienzo del siguiente párrafo y otros cambios más de ese estilo. Este crecimiento es el precio que hay que aceptar para mantener las virtudes de este libro de ROXIN tan valorado en amplias partes del mundo, o sea, para conservar la fundamentación a fondo, a veces casi monográfica de las teorías defendidas, la información no menos a fondo, las más de las veces ubicada en el texto, sobre las restantes opiniones ajenas existentes junto con la valoración de ellas, y las amplias, a veces hasta más que abundantes citas y referencias. Preservar esas características en una nueva edición aparecida casi década y media después de la anterior requiere sea como sea espacio, tanto más por cuanto que GRECO no ha reducido los pasajes informativos, sino que mantiene las cualidades de un tratado y simultáneamente de un compendio. En esta situación se impone la pregunta de qué se puede recensionar en un espacio necesariamente limitado: o bien las modificaciones y adiciones de GRECO, que ciertamente asume inmodificados todos los contenidos decisivos, de tal modo que sólo resultaría una reseña más bien de puntos concretos, o por el contrario al menos algunos extractos seleccionados –completamente conforme a los propios intereses del *recensor* y con intención marcadamente crítica– del total de la obra, tal como actualmente se presenta. Esto último es lo que se va a intentar; pues designar unos cuantos pasajes de los que pertenecen al estado ya asegurado en la actual ciencia del Derecho penal significaría aburrir al lector experto.

Esta recensión en forma de extractos ha de comenzar con el capítulo "dogmática del Derecho penal y sistema del Derecho penal" (§ 7). Aquí fue aún ROXIN quien ha expuesto las fases de la evolución histórica, en especial el sistema "clásico" del causalismo, el "neoclásico" con el reconocimiento de elementos subjetivos del ilícito o injusto, y la teoría final de la acción, de la que afirma –certeramente por cierto– que, aunque mayoritariamente es "rechazada como teoría de la acción", no obstante es aceptada y asumida en su consecuencia más importante (el dolo como elemento del tipo) (7/24). Sigue un esbozo de la concepción propia, en particular con su conocida distinción entre culpabilidad y responsabilidad (7/29). Ahora, bajo la rúbrica "evoluciones recientes" GRECO informa sobre numerosas posiciones defendidas hoy (7/33a – q). Entre otras trata el "modelo neo-idealista" de la escuela de E. A. WOLF, así como modelos de orientación normativa y modelos de orientación comunicativa. En particular se censura

* Original alemán publicado en *GA* 2021, pp. 53-57. Traducción a cargo de Diego-M. Luzón Peña, diegom.luzon@uah.es (Universidad de Alcalá).

enérgicamente esta última teoría, aunque ciertamente incurriendo en algunos malentendidos: En caso de un comportamiento delictivo no se trata de una "manifestación" o "declaración" aislada, y producida del modo que fuera, o incluso de una "fracasada comunicación… con el Estado" (7/33p), sino antes bien del intento de comprender un *factum brutum*, más allá del cual no pasa el comportamiento de un hecho *per se* (¡!), como acontecimiento *social* (no: estatal; el significado e incluso el lenguaje no son algo "estatal"). Si el hecho de configurar el mundo social tiene un significado, ello no quiere decir que la configuración misma no sea un componente constitutivo de lo social. Este malentendido se encuentra ya en relación con los fines de la pena (3/36e). Conviene recordar que ya WELZEL entendió la acción como "expresión de sentido" (ZStW 58 [1939], 491, 503 y en otras muchas).

Sobre la relación entre pensamiento sistemático y problemático (sistemática *versus* tópica, o sea *versus* limitados sistemas ad-hoc) las bases proceden aún de ROXIN. Como ventajas de la sistemática se menciona entre otras la aplicación uniforme del Derecho y el surgimiento de un marco para seguir desarrollando el Derecho (7/40 s.), y como desventajas el "olvido o descuido de la justicia en el caso concreto" y la posibilidad de "deducciones sistemáticas no legitimables político-criminalmente" (7/48 ss.), y ello con el resultado de admitir también complementariamente argumentaciones tópicas (7/54 s.). Se sostiene que debe producirse un "sistema estructurado teleológicamente" (7/58, 86 ss.), para lo que las "finalidades rectoras" han de ser "…de tipo políticocriminal" (7/59), de tal modo que importa un sistema de valoraciones, y no p. ej. uno de acontecimientos externos o psíquicos ("externo", "interno"), en el que los defensores del causalismo creían poder iniciar su construcción. Esa división (sistema *versus* justicia en el caso concreto) no evita sin embargo las usuales dificultades que aparecen siempre que se toma en consideración la llamada justicia del caso concreto; ya que ¿en qué se va a poder reconocer si ella es errónea a efectos de argumentación sistemática? A ese respecto sólo puede tratarse de deducciones a partir de *otro* sistema; pues desordenadas valoraciones y desordenados casos concretos, a falta de un contexto ordenador, no enseñan o ilustran nada. –Ahora bien, la desventaja o defecto lógico-sistemático es al mismo tiempo una ventaja del libro; éste, debido al manejo de sistemática y tópica una junto a otra, no conduce en ningún punto a conclusiones que por sí mismas (¡!) no sean como mínimo plausibles–. GRECO amplía ahora lo anterior con una amplia exposición sobre el "futuro de la dogmática del Derecho penal" (7/85a-x). Al respecto se enfrenta a la extendida opinión de que dogmáticamente hay poco nuevo que decir y menciona como campos de trabajo actuales la teoría del bien jurídico, la teoría de la pena y el concepto de culpabilidad (7/85c). A su juicio, puede ser algo discutible si el estado de la dogmática se ha convertido en demasiado complicado (7/85s); aunque ciertamente podría constatarse un cierto desinterés del lado de la jurisprudencia (7/85g ss.) – Los planteamientos orientados filosóficamente son tratados por él muy escépticamente, cuando no incluso rechazados (7/85o s.).

Seguidamente algunas observaciones sobre la teoría del bien jurídico (§ 2): lesión del bien jurídico como "concepto material de delito" (7/antes de 1). Es conocida la orientación del concepto en ROXIN hacia "el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales" y la protección de un Estado que persigue igualmente esos objetivos (2/7). GRECO ve certeramente que operando únicamente con la protección de esos bienes se puede tipificar como punible a placer cualquier conducta preparatoria entendida de modo amplio (§§ 89a-c StGB) y por eso aboga por un "límite de interioridad" en el caso de una conducta que "de modo comparable a los pensamientos" pertenezca al "ámbito del núcleo de la configuración privada de la vida" (2/12b, 19 s.). Lo que no se puede tratar como bien jurídico lo fija y constata mediante

un catálogo de reglas negativas: y no sólo el seguimiento de una directriz para un fin estatal (2/14 ss.), ni la mera inmoralidad (2/17 ss., 19a ss.), que según GRECO es lo que concurre incluso en la adquisición de productos generados mediante lesión de algún bien jurídico (2/19h; aunque ciertamente no parece que esa sea la última palabra en relación a la punibilidad de la receptación). También se sostiene que en el incesto entre hermanos se trata a lo sumo de una conducta inmoral (2/43 ss.), lo que podría ser correcto, dado que una relación familiar intacta entre hermanos hoy ya no pertenece a las condiciones de subsistencia de la sociedad. Aparte de esto, se señala como condiciones no suficientes para la punición v.gr. los supuestos de destrucción de la *propia* dignidad (2/20 ss.), suscitar sentimientos de disgusto, o también el sentimiento de inseguridad (2/27, aunque esto muy probablemente es problemático en el caso de un *derecho* a permanecer sin ser molestado, como p.ej. en el § 241 StGB [amenazas]), en el autodaño por propia responsabilidad (2/32 ss.), ello con la correspondiente consecuencia para el [auxilio al suicidio del] § 217 StGB* (2/33a ss.), y además siguiendo por esa vía los supuestos de posibilidad únicamente débil de fundamentación en los deberes de llevar puesto el casco y el cinturón en el tránsito o tráfico viario (2/36c). También son rechazados los objetos "de normas penales simbólicas" (2/37, pero con una problemática extensión de este concepto también a la "mentira [de la negación] de Auschwitz", 2/41 ss.), los de normas que únicamente protegen un tabú (2/43 ss.) y además, los de aquellas que resultan "inaprehensiblemente abstractas" (2/45c), y también faltará un bien jurídico en la mera protección de la limpieza (*fairness*) en la actuación (2/49b, ello con consecuencias muy problemáticas para la usura, § 291 StGB, caso en el que bien podría tratarse del mantenimiento de la medida *mínima* de limpieza –*fairness*– que es la única que hace aceptable un orden económico libre). Detallada y críticamente se pronuncia GRECO sobre el mero favorecimiento de la persecución penal (2/49g ss.) así como sobre "mandatos o encomiendas internacionales de protección". – Estamos ante un impresionante catálogo para la limitación del poder punitivo o *ius puniendi*. Se podrá enjuiciar algunas cuestiones de otro modo distinto, pero las restricciones, a las que es sometido un Derecho penal liberal y propio del Estado de Derecho y mediante las que éste es "adelgazado", no debería querer rechazarlas nadie que esté interesado en un Derecho penal así, porque sólo éste se acomoda a una sociedad normativamente constituida mediante liberalidad y estatalidad de Derecho. No obstante, ciertamente no se necesita un concepto del bien jurídico que sobrepase la conocida abreviatura de la idea del fin (HONIG), ya que lo que está en juego son postulados *políticocriminales* dentro de una sociedad así, sin que todo dependiera de si el Derecho penal sirve a la protección de la sociedad, a la protección de la norma, a la protección de bienes jurídicos o a otras cosas más. Con cuál de esos puntos de cristalización se prefiere entroncar, bien podría ser indiferente, sólo con tal de que el balance se ajuste a lo políticocriminalmente requerido. En especial, el concepto de bien jurídico no puede generar ninguna crítica al Derecho penal que no pudieran generar igualmente los otros enfoques (sin embargo, de otra opinión esta obra en 2/11 ss.).

Si bien la selección de los campos que aquí se tratan se hace de modo más bien arbitrario, sin embargo lo que no puede faltar es el campo de la llamada imputación objetiva, dado que ROXIN ha jalonado ese terreno ya desde hace mucho (incluso ya antes de la 1.ª edición del tratado; indicacs. bibl. en 11/50) y lo ha seguido labrando constantemente. A este respecto aquí no vamos a dirigir la atención principalmente a la imputación del *resultado*, sino más bien a la teoría de la conducta no permitida –destacada especialmente por FRISCH (sobre ello 11/51)–. Como cláusula general se indica en el libro que se trata de "la realización de un peligro creado por el autor y no

* Precepto en el que en 2015, aprovechando que el § 217 estaba sin contenido, se tipificó el auxilio al suicidio organizado por entidades sociales, pero fue en seguida anulado por el BVerfG por inconstitucional.

cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance el tipo" (11/49). En el caso de la disminución (no: sustitución; 11/54) de un riesgo faltará una conducta no permitida (11/53 ss.). Para determinar la "creación de peligro" se atiende al juicio de un "observador inteligente", que disponga también del "saber especial del autor concreto" (11/56). Entonces a continuación, sobre el conocido caso de laboratorio de un estudiante de biología que trabaja como camarero o mesero auxiliar en hostelería y que sirve una ensalada que –tal como él reconoce por ser biólogo– contiene algo muy tóxico, se dice que "un homicidio evidentemente doloso", al no haber justificación ni exculpación, ha de "ser castigado como tal" (11/57). – Esta argumentación podría provocar sorpresa en lectores que aún guarden en su memoria las posiciones antes expuestas sobre el modo de argumentar sistemático, conforme al cual ha de tratarse de un sistema de *valoraciones* (7/59); pues en ella falta la valoración de la circunstancia de que al camarero le fue encomendada una misión de configuración sólo limitada, y en lugar de eso se atiende a la situación psíquica no valorada (el saber): *datos fácticos* como rectores del sistema. Además, una referencia a datos fácticos psíquicos en parte ni siquiera es moralmente plausible: ¿acaso el vecino, cuyas flores se secarían sin el agua infiltrada que produce un aspersor de césped en la finca colindante, debería tener un derecho o por lo menos una pretensión moral tan sólo a que se siga produciendo la dispersión del agua debido a la causación de daños "evidentemente" dolosos que de lo contrario se producirían? En tales "casos de gorrones" que se aprovechan del vecino es de algún modo "evidente" que únicamente el saber dado que posea quien suspende la producción no puede constituir una razón para su responsabilidad.

El problema es tratado bajo los títulos "alcance del tipo" (11/106 ss.) y en particular "atribución a la esfera de responsabilidad ajena" (11/137 ss.) para otros grupos de casos, y por cierto sin atender únicamente a la situación psíquica. En primer lugar se ocupa el libro de una "cooperación en la autopuesta en peligro dolosa" (11/107 ss.). GRECO se opone al intento de encubrir la autorresponsabilidad de la "víctima" mediante una omisión (11/113 ss.), y lo ilustra al hilo de una valoración a fondo de la abundante jurisprudencia existente. Ya en este lugar se tratan por primera vez "casos de salvadores", en los que se rechaza la extendida opinión de que la solución depende de la razonabilidad del nexo de unión entre autopuesta en peligro y peligro al que hay que enfrentarse y contrarrestar: "Quien sin obligación jurídica se expone a un riesgo, no puede de ese modo cargar a otro con consecuencias jurídico-penales" (11/115). Esto es posteriormente aclarado e ilustrado por GRECO modificando una tesis sustentada anteriormente por ROXIN, pero luego abandonada por él, en el sentido de que sólo tendrá lugar la imputación si existe un deber *jurídico* de salvar (11/139 s.). La conclusión es trasplantada (pero otra vez discrepando de la edición anterior) a los supuestos de persecución en auto por la policía: el delincuente que huye responderá [de los daños sufridos por sus perseguidores] sólo en caso de existencia de un deber de persecución para la policía (11/140). –Al menos para los casos de salvadores esta tesis se puede considerar problemática: si ante un peligro existente un salvador puede interferirse en intereses claramente inferiores de una *tercera* persona (§ 34 StGB), ¿por qué entonces él no iba a poder con reconocimiento jurídico sacrificar los correspondientes intereses *propios*?– Pero sea como sea, las exposiciones de esta obra cautivan como siempre por la profundidad de la argumentación así como por la intensidad de su toma en consideración de la doctrina y la jurisprudencia.

En último lugar volvamos aún la vista a la teoría de la imprudencia (§ 24). En este punto algunas cosas han sido ya prefiguradas por sus exposiciones acerca del tipo objetivo del delito doloso; así como en éste se dice que dentro de todo delito doloso se alberga un delito imprudente (11/49), en el delito imprudente se dice que su tipo se "colma solamente mediante la teoría de la imputación objetiva" (24/10). El problema radica en la palabra "solamente", ya que ésta afirma

que en el delito imprudente no hay tipo subjetivo alguno, sino que al contrario, la capacidad o la –por cierto más importante– incapacidad individual de reconocer lo objetivamente imputable y poder así evitar el hecho sólo debe considerarse en el contexto de la culpabilidad imprudente. Sin embargo, ciertamente a continuación tiene que restringir este planteamiento, en la medida en que sostiene –al igual que en el delito doloso– que las especiales capacidades del agente u omitente deben ser consideradas por el enjuiciador objetivo (24 61 s.). Pero tampoco en el marco de la imprudencia es obvio que el aprovechamiento de especiales recursos se le garantice jurídicamente a *toda* otra persona. – Y digamos aún una palabra más sobre la capacidad de prestaciones o rendimiento inevitablemente reducida: Según la obra, ésta debe ser considerada en el marco del examen de la culpabilidad (24/56), pero entonces ¿por qué se constata en primer lugar el ilícito (o injusto) imprudente ciertamente con las capacidades especiales, pero sin las incapacidades especiales (algo sobre lo que ha advertido especialmente KINDHÄUSER, GA 2007, 221)? Se podría responder que a la potencial víctima ha de concedérsele un derecho de defensa, lo que muy probablemente es cierto como mínimo cuando el círculo organizativo *del autor* está configurado agresivamente. Pero de ese modo en el caso de capacidades inferiores al promedio no concurre más que la situación de un estado de necesidad *defensivo*. – Permítaseme una observación más para concluir: En todo lo que se expone en la obra sobre el concepto de acción la acción es entendida como una "manifestación de la personalidad" (7/60; 8/44, 75). Aquí puede quedar simplemente planteada, también para el delito doloso, la cuestión de si tal manifestación puede existir sin culpabilidad mediante la realización de un tipo, pero en todo caso bien podría ser que una conducta *objetivamente* imputable, pero en cambio *subjetivamente* inevitable no represente una "manifestación de la personalidad" de quien se comporta realmente, sino a lo sumo la de una ficticia persona-baremo.

Estas pocas observaciones no le hacen ni siquiera por aproximación justicia a la riqueza de temas y de ideas de esta obra grande en todos los aspectos; y debo subrayar de nuevo que la selección aquí efectuada se ha hecho con una intención *crítica*. Un montón de otros temas cabría mencionar en los que el *recensor* sólo podría juzgar esto: ¡un modelo en contenido y forma de exposición, incluyendo la elaboración y tratamiento de la doctrina y su bibliografía y de la jurisprudencia! Justificar y acreditar todo ello en detalle sería como llevar lechuzas a Atenas. Por eso sólo se puede no sólo desear, sino incluso profetizar que la nueva edición repetirá otra vez la difusión e impacto doctrinal, es decir, la influencia con las que las cuatro ediciones anteriores han marcado a la ciencia del Derecho penal. Quien ha trabajado a fondo en una obra y empresa así –el primer tomo de una PG–, va a esperar ansiosamente la nueva edición del segundo tomo.

InDret
2.2021

Hans Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft, *Deutsches Druck- und Verlagshaus GmbH, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1935, 89 páginas*[*]

Carlos Pérez del Valle
Universidad San Pablo CEU, Madrid
perezdelvalle@ceu.es
-

Naturalismus und Wertphilosophie fue el escrito de habilitación de WELZEL, presentado en la Universidad de Colonia en 1935, cuando Gottlob BOHNE era director del Kriminalwissenschaftliches Institut. Se doctoró en Jena 1927 con una tesis dedicada a la teoría del Derecho natural en Samuel PUFENDORF, dirigida por Hans-Albert FISCHER, y allí había tenido años antes, como profesor de filosofía, al neokantiano Bruno BAUCH, que indiscutiblemente influyó en su forma de contemplar el derecho. Como he de explicar después, es una obra que transmite cuál era la óptica metodológica de WELZEL, que ya había anticipado parcialmente en tres artículos ("Strafrecht und Philosophie", 1930; "Kausalität und Handlung", 1931; "Über Wertungen im Strafrecht", 1933).

La obra se divide en dos partes, y cada una de ellas tiene una estructura similar. La primera parte, dedicada a "Franz von Liszt y la filosofía positivista", consta de dos capítulos: el primero, sobre la visión del mundo del positivismo; y el segundo, sobre los fundamentos filosóficos del sistema de VON LISZT. La segunda parte, en la que se aborda la "moderna dogmática del derecho penal (especialmente, la teoría del tipo) y la filosofía de los valores", tiene, como se ha dicho ya, una disposición paralela a la de la primera: el primer capítulo, en el que se marca como objetivo la explicación del inicio del neokantismo y de la filosofía de los valores; y el segundo capítulo, sobre el fundamento filosófico de la moderna dogmática penal, y especialmente sobre la teoría del tipo.

WELZEL parte del derrumbamiento de la filosofía idealista alemana, y de la irrupción del positivismo, heredero del racionalismo y el empirismo que habían imperado en el pensamiento francés y británico desde antes del iluminismo. COMTE, MILL o SPENCER, como cualquier positivista, rechazan la metafísica, porque supera el ámbito de la observación humana; y la ciencia "positiva" sólo tiene como misión indagar sobre las leyes que relacionan los fenómenos observados de forma estática o dinámica mediante leyes, cuya existencia es un dogma para los positivistas, aunque no un axioma a priori. Aquí la causalidad, como una explicación mecánica y ciega, celebra su triunfo en la idea de DARWIN sobre la selección natural (pp. 1 y ss). El mecanicismo, presente en COMTE o –explícitamente– en QUÉTELET, es esencial en el positivismo (pp. 4 y ss); pero se vuelve en contra del hombre, que se transforma en un componente más de ese proceso mecánico en el principio de asociación de la psicología (p. 7) y en la física social o sociología (p. 8). Precisamente aquí, en una visión unitaria de la sociedad, se contempla la

[*] Existe una reimpresión en la colección de trabajos: WELZEL, Hans, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1975, pp. 29-118.

posibilidad de la explicación de los procesos causales de una forma casi matemática, a través de la estadística (p. 10). La vida social, para el positivismo, está sujeta a leyes causales inalterables que pueden ser indagadas con la estadística y la dinámica (p. 12), en las que el gobierno y la política están sujetas a leyes naturales (p. 14). Queda, no obstante, lo sustancial de la vida humana, y aquí WELZEL introduce el estudio de BENTHAM, cuya ética pretende regular el egoísmo con un método aritmético: el utilitarismo es el fundamento de la ética positivista (p. 15), que SPENCER transforma en una teoría mecánica (p. 16). Y, de todos modos, poco queda, fuera de la ética, a la filosofía, porque, ante la filosofía positivista, parece que nunca "se hubiese escrito la crítica del conocimiento de Kant" (p. 17). WELZEL hace un sumario –pero interesante– desarrollo explicativo del proceso que lleva a ello, muy influido aquí por Max SCHELER (pp. 18 y ss), hasta llegar al sometimiento del derecho al proceso de tecnificación: el error fundamental –dice– del positivismo consiste en haber querido imponer también la técnica como principio del derecho, con la consecuencia de que, con ello, debía evaporarse toda sustancia de valor en lo individual-subjetivo (p. 21).

La cuestión es, así, qué efecto tiene el positivismo en el derecho penal y, por tanto, en "la obra del gran político criminal" Franz VON LISZT, desde el Programa de Marburgo y, posteriormente, en su "Función científica de la ciencia del derecho penal" (p. 22), bajo la influencia de COMTE, QUÉTELET y TARDE. El determinismo, que, de forma consecuente, ha de negar la posibilidad de un conocimiento objetivo por parte del hombre (p. 24), es el punto de partida en el examen de WELZEL; pero la determinación de la decisión en LISZT se identifica con determinación causal (p. 25): todo suceso es el producto de factores causales necesarios, con un valor objetivo y una verdad "en sí" que son, para el hombre, inalcanzables (p. 27). En la imputabilidad y la culpabilidad, esto lleva a aceptar a LISZT que lo sustancial de la culpabilidad es "un nivel normal de determinación por los motivos", y "lo normal" es –con TARDE– la "similitud del otro con nosotros" (p. 27). El delito es una manifestación de una enfermedad, y la pena para el capaz implica corrección curativa en cuanto pueda afectar a la motivación (p. 29). Por otro lado, el sistema de política criminal de LISZT está también construido sobre el positivismo –sobre la sociología criminal– con una misión clara: explicar causalmente la criminalidad, con el mérito de haber introducido un refinamiento del método y, especialmente, el uso de la estadística (p. 30) y el estudio comparado de las tendencias de desarrollo de la criminalidad (p. 31). En su examen del desarrollo social aplica explícitamente LISZT el principio de selección, que constituía el triunfo del positivismo en DARWIN, y en el Programa de Marburgo se constata una impronta evolucionista, que WELZEL contempla en la explicación de la pena y de su proceso de objetivación (pp. 32-34); aunque, en LISZT, esto implica la transformación del poder penal en derecho penal mediante su autolimitación (p. 35). Esto explica, según WELZEL, que no exista una gran discrepancia entre los conceptos dogmáticos de LISZT y los de la escuela clásica, porque la idea de autolimitación, trasladada al método, encuentra la función de la dogmática en la vinculación lógica de conceptos derivados de la abstracción (p. 36). Estos conceptos, y los mismos principios jurídicos, son abstracciones derivados de hechos del mundo sensorial (p. 37), como sucede con su concepto de acción "natural": causación o no evitación voluntaria de una modificación sensible en el mundo exterior (p. 38). Esta concepción de la dogmática lleva, además, a la idea de MERKEL sobre la sustitución de la filosofía del derecho por una "teoría general del derecho" (p. 39) y da paso a la conclusión de WELZEL, para quien esta concepción de la filosofía del positivismo encuentra su base en el empirismo dogmático (p. 39).

Inicia la segunda parte con una breve referencia a los inicios del neokantismo y, sobre todo, a la escuela sudoccidental (p. 41), porque a ella reconoce influencia en los penalistas (p. 43). El

neokantismo, aun adversario del positivismo, tiene un terreno común con éste: para los neokantianos, de KANT interesa sólo la filosofía como sistema de conocimiento, y no la filosofía como concepción del mundo (p. 42). Aborda entonces WELZEL la exposición y la crítica de las tesis de RICKERT y de LASK. Por una parte, muestra que, en RICKERT, el ser de las cosas no está sujeto a leyes generales como pensaba KANT, sino que las leyes de la causalidad son "formas metodológicas de interpretación" del sujeto empírico del conocimiento, que "conforman" la realidad objetiva (p. 45). Esta misma idea se traslada a la diferenciación entre ciencias de naturaleza y ciencias de la cultura de RICKERT (p. 46), y precisamente en este punto introduce WELZEL los matices de la interpretación de LASK. En su orientación a la "superación del punto de vista copernicano", LASK constata que la realidad de la cultura, como objeto científico, es ya "semi-fabricada" por los mismos conceptos científicos y que no es la realidad pura y sin valoraciones que RICKERT contemplaba, aunque, en su cientifismo, sigue viendo en primera línea los conceptos y no lo óntico (p. 48). Este "miedo ante lo óntico" (p. 49) es lo esencial del reproche en la crítica a RICKERT: la ciencia se somete a leyes autónomas, alejadas de la realidad (p. 52); en su cientifismo, se cree en la posibilidad de unos valores neutros (p. 53); en una abstracta e ideal concepción de la cultura, los valores son conceptos abstractos (pp. 55 y ss). La función política de la ciencia queda limitada a la visión neutral de una concepción "apolítica" liberal (p. 58), y se echa en falta una auténtica filosofía del Estado, que en RICKERT se caracteriza "negativamente" por la representación del "mínimo ético" del que hablaba JELLINEK (p. 60). Con LASK, que trata específicamente la filosofía del derecho y que es quien, según WELZEL, habría influido directamente en los penalistas que trata como "dogmática moderna", la conclusión no cambia (pp. 60 y ss): su punto de partida era la realidad "teorética del conocimiento, originaria, inmediata, psico-física"; en el derecho, esto implica que las expresiones jurídicas, como producto de la elaboración de conceptos, deben alejarse del substrato real de la vida. Esta separación de dos mundos (conceptos jurídicos abstractos y realidad de la vida) convierte en un problema el acercamiento del concepto jurídico al substrato prejurídico: sólo cabe con la preservación de un cierto núcleo de datos psicofísicos; o con el respaldo de realidades de cultura o de vida consideradas teleológicamente. Pero esto muestra que, en LASK, encuentra su aplicación más clara el cientifismo, con una mirada a lo conceptual en lugar de a lo óntico, y donde lo esencial no es la realidad de la vida, sino la transformación conceptual de la vida en un mundo de significados abstractos (p. 93).

La última parte está dedicada a la "dogmática penal moderna", y se inicia con una referencia al concepto de acción positivista (modificación exterior del mundo físico externo), transformado en un dogma de toda la ciencia penal. Reconoce WELZEL el mérito de RADBRUCH al separar "contenido de la voluntad" y "causalidad de la voluntad", entendida esta última como determinación causal-mecánica, que es el sentido que le atribuye el positivismo; pero el concepto positivista de acción –esto es: el acontecimiento ciego y mecánico producido por una enervación muscular– es también la base de la dogmática posterior, como en el caso de MEZGER; y, "en su desnudez y ausencia de significado", constituye el sustrato de la teoría del tipo de BELING, que no sólo defiende lo puramente conceptual en los elementos del tipo, sino que también separa la acción, como lo únicamente óntico-real, de los elementos del tipo (pp. 65-66). No obstante, el punto crucial en que, desde un punto de vista metodológico, se percibe el efecto del cientifismo, es en la teoría de los elementos normativos del tipo de MEZGER, GRÜNHUT y, sobre todo, Erik WOLF. En el primer WOLF ve WELZEL, con claridad, las tesis de LASK, aunque con alguna discrepancia –el reconocimiento de un doble proceso de conformación conceptual en la ley y en la ciencia– que no considera relevante en las consecuencias (p. 68). En todo caso, la conformación de los conceptos determinada metodológicamente conduce a conceptos abstractos

en el derecho; incluso la imputabilidad o la voluntad son, para WOLF, algo esencialmente jurídico (normativo), y no fáctico (natural)" (p. 69). Y aquí se muestra "la moderna dogmática como teoría complementaria del naturalismo positivista", que, pese al abismo entre ambos, completa valorativamente el mundo de la realidad empírica con el mundo de los conceptos "ajenos a lo fáctico" (pp. 70 y ss). La separación cientifista entre ser y valor, que conduce a la formación abstracta de conceptos, se deja ver en su formación teleológica y, particularmente, en la parte especial: mediante un valor, que es un concepto abstracto, se conforma el tipo del delito (pp. 72 y ss).

A partir de este momento, expone WELZEL su propuesta de superación del positivismo, que la filosofía de los valores no ha logrado (pp. 74 y ss). Al derecho le interesa el ser, pero no en su totalidad: sólo la vida y la actividad humana en la comunidad, que no es sin más un material caótico, porque en ella existe un orden y unas relaciones no conformadas por conceptos teóricos; por eso los conceptos jurídicos son descripciones de un ser óntico ordenado. Y también por esa razón es función de la ciencia del derecho comprender los posicionamientos valorativos de cada época histórica concreta que generan sus normas jurídicas y a los que deben su sentido. Tras algunas referencias al sentido político de la ciencia del derecho (pp. 76-77), centra su exposición final en dos aspectos fundamentales: la acción y la culpabilidad.

Sobre la primera cuestión, y a partir de algunas afirmaciones del segundo WOLF en relación con la significación constitutiva del dolo y la imprudencia para la acción y no para la culpabilidad, WELZEL desarrolla en otra línea su concepto final de la acción, ya apuntado en 1931 en relación con la idea de "intencionalidad de sentido" de Nicolai HARTMANN. En sentido estricto, existe "acción" cuando el factor causal depende del "ser aquí" y del "ser así" de la voluntad (pp. 78 y ss): no es importante la voluntad en su "poder" causal, sino en su capacidad para dirigir los cursos causales en un sentido concreto (p. 83). WELZEL emprende, brevemente, la consecución de tres objetivos: resolver algunos problemas relativos a la fundamentación de la imprudencia, dirigiendo sus argumentos a la subsistencia de un reproche de culpabilidad en la acción (pp. 81-82); dirigir su estocada –o dar la puntilla, tal vez– a la teoría objetiva de la tentativa del positivismo, pues el hecho intentado es la "prueba de la peligrosidad de la voluntad" (p. 83); y apoyar su concepto de ilícito, frente a MEZGER, en la constatación de que sólo acciones voluntarias puede ser conductas que afecten al "deber ser" del orden jurídico como ordenamiento de protección (p. 85). Sobre la culpabilidad, constata WELZEL que también la dogmática moderna –en esta ocasión, Max Ernst MAYER junto con el primer WOLF– se asienta en el marco filosófico de la psicología positivista y en su visión de las asociaciones mecánicas. La aceptación de ese punto de partida requiere una comprobación que sólo corresponde al juez ("el cientifismo adopta aquí un tinte nominalista", dice WELZEL), que ha de decidir –y aquí de nuevo se refiere a M.E. MAYER– sobre las diferencias entre sus propios procesos psicológicos de asociación y los del acusado, pues en la medida en que son muy diferentes, puede pronunciarse una sentencia que excluya la culpabilidad del delincuente (p. 87).

Finaliza WELZEL con un resumen, en el que justifica su trabajo como un intento de superación de la "construcción brutal de la realidad del positivismo", que la filosofía de los valores no consiguió; por el contrario, con la creación de una "teoría de la irrealidad" complementó su naturalismo tecnológico (p. 89).

A mi juicio, debe examinarse, en primer término, la perspectiva metodológica: para WELZEL, cualquier propuesta dogmática tiene alguna fundamentación filosófica, que es necesario

desvelar si se pretende una crítica adecuada. En particular, WELZEL quiere poner de manifiesto que la "moderna dogmática" neokantiana no es el contrapunto ni la superación del positivismo de LISZT. Pero no es suficiente con el análisis dogmático centrado en lo conceptual; al considerar sus bases filosóficas (positivismo y filosofía de los valores) se observa la coherencia del discurso dogmático con el fundamento filosófico –y también sus puntuales discrepancias o sus matices– y la identidad práctica de sus conclusiones. Pero, sobre todo, sin ese contraste con lo filosófico, una propuesta diferente –como la de WELZEL– correría el mismo riesgo: no superar el posicionamiento que se critica, limitándose a complementar algunas de sus deficiencias. Un nuevo sistema requiere un nuevo fundamento filosófico, y WELZEL –y esto sí me parece claro– está pensando ya en las bases de un nuevo sistema.

Una cuestión diferente es si la propuesta de WELZEL, tal como aparece en *Naturalismus und Wertphilosophie*, es satisfactoria. Lo honesto es reflexionar sobre esta cuestión sin tener en cuenta lo sucedido después y, por tanto, en el marco dogmático de la época, porque casi noventa años después contamos con una perspectiva que nos pone en posición de ventaja. En mi opinión, la crítica de WELZEL tenía un soporte sólido en la crisis del neokantismo, y él mismo lo muestra al citar con frecuencia, en la crítica al positivismo, a Max SCHELER; y en la crítica a la filosofía de los valores y al formular su propuesta, a Nicolai HARTMANN. Ciertamente, su orientación realista-óntica, utilizando sus propias palabras, deja de lado la filosofía tomista alemana de la época, que no era irrelevante tampoco en la filosofía del derecho, como lo muestra el hecho de algunos autores neokantianos la vieran como un contrapunto a sus teorías (el mismo LASK, en "Rechtsphilosphie", que reiteradamente cita WELZEL, se refiere a CATHREIN, entre otros, aunque habla del iusnaturalismo católico como un reducto marginal); pero también la fenomenología realista, en cuyo marco REINACH, pese a su temprano fallecimiento, había hecho incursiones en la filosofía del derecho y en el derecho penal. Tal vez esto se debe a la convicción de que sólo HARTMANN le permitía el desarrollo de la teoría final de la acción, que años después, en *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (1ª edición en 1951), reconocía también en la idea de ARISTÓTELES sobre el dominio del hecho. Lo cierto es que, ya en ese momento, las pretensiones de realismo no se consumaron, y con más claridad en su evolución posterior; pese a la ulterior confesión de fe aristotélica, el realismo de WELZEL nunca lo fue del todo.

Por último, no rehuiré una cuestión que, aunque no creo esencial, ha sido objeto de análisis en los últimos tiempos: si *Naturalismus und Wertphilosophie* fue un posicionamiento de WELZEL en el marco del pensamiento jurídico del nacionalsocialismo. Es verdad que, en el prólogo, alude al "acontecimiento político monumental de la revolución nacionalsocialista", que "nos interpela con fuerza sobre nuestro posicionamiento en la historia y nuestra disputa con el pasado" (p. VII). Pero incluso quienes han interpretado en ese sentido el texto de WELZEL, han de reconocer que, desde los juristas alineados políticamente, es rechazado como una formulación en la perspectiva científica del nacionalsocialismo y lo consideran un planteamiento conservador (STOPP, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus*, 2018, p. 26). Esta visión me parece plausible, y cito un indicio que trasluce algo propio del pensamiento conservador tradicional: las comparaciones entre HOBBES y RICKERT (pp. 54, 74). Hay otros datos sobre los que no puedo ahora extenderme, pero que, como ha apuntado KUBICIEL ("Welzel und die Anderen", 2015), demostrarían que las manifestaciones del prólogo no fuesen sino manifestaciones en el entorno temporal de la obtención de la cátedra.

Hasta aquí mi recensión y mi análisis que, con seguridad, es discutible. Lo que, sin embargo, no creo que lo sea, es la relevancia de la obra. WELZEL es –en palabras de JAKOBS ("Conversación con

Schmoeckel", 2008)– una "figura excepcional" y representa la –hasta ahora– última gran propuesta de fundamentación metafísica de la teoría del derecho penal (PAWLIK, "Welzel: ein Klassiker?", 2015). En *Naturalismus und Wertphilosophie* está sistematizado por primera vez ese proyecto. Al menos, en la perspectiva del método, debería trascender la historia y proyectarse al futuro, porque –en palabras de TITTMANN en 1802– es imposible explicar en qué consiste el derecho penal sin filosofar.