

InDret

Revista para el análisis del derecho

4.21

-

Octubre de 2021

Sumario 4.21

Editoriales

-
- Un mal paso***
Fernando Gómez Pomar, Mireia Artigot Golobardes y
Juan José Ganuza Fernández i-ix
-
- ¿Un hurto o “el hurto”?***
Jesús-María Silva-Sánchez x-xii
-
- ¿Reconocer el delito pasado o asumir
responsabilidad por el futuro?***
Elena Larrauri xiii-xvi
-

Derecho privado

-
- La regulación, en tiempos de COVID, de los
contratos de servicios y de compraventa celebrados
por consumidores*** 1-32
María Teresa Alonso Pérez
-
- Mercado digital y protección del consumidor: a
propósito de la Directiva 770/2019 y su
transposición al ordenamiento jurídico español*** 33-87
Reyes Sánchez Lería
-
- Los datos personales como posible contraprestación
en los contratos de suministro de contenidos y
servicios digitales*** 88-135
Javier Martínez Calvo
-
- Estudio de la custodia compartida en la última
década: una lucha socio-jurídica de ámbito global al
borde de una nueva etapa*** 136-172
José Manuel de Torres Perea
-

Derecho Penal

-
- Esbozo de una epistemología medial para el
Derecho penal
Y algunas hipótesis sobre los efectos de la cultura digital
en la justicia penal*** 173-204
Javier Cigüela Sola
-

Responsabilidad civil, delito y coherencia del orden jurídico

De la absolución penal a la imprudencia 205-239
Carlos Pérez del Valle

-

Los delitos de falsedad documental: reflexiones político legislativas

Ángel José Sanz Morán 240-279

-

Criminología

-

La libertad condicional. ¿Está en Europa la solución?

José Cid 280-308

-

Peticiones y quejas de las personas presas

Un primer acercamiento desde la normativa penitenciaria
Salvador Cutiño Raya 309-344

-

Derecho público y regulatorio

-

Dogmatismo contra pragmatismo

Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19
Gabriel Doménech Pascual 345-411

-

La sustitución de las medidas de investigación requeridas y la suspensión de la ejecución de la orden europea de investigación

Elena Laro-González 412-431

-

Actualidad

-

Resoluciones judiciales correctas, claras y precisas

Ricardo-María Jiménez-Yáñez e Ignacio Sancho Gargallo 432-452

-

Recursos gubernatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques juny-juliol de 2021)

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 10 de juny, dues resolucions de 20 de juny i les de 21 i 27 de juliol de 2021
Miriam Anderson 453-470

-

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal

Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallés 471-506

-

Traducción Criminología: El efecto de la legitimidad penal en el desistimiento post-liberación de los presos

Daniel McCarthy
Ian Brunton-Smith

507-528

-

Recensiones

-

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

528-543

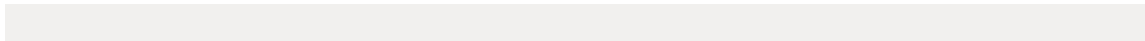
-

The Feminist and the Sex Offender: Confronting Sexual Harm, Ending State Violence

Judith Levine y Erica R. Meiners, Verso Books, 2020, 224 páginas
Iris Yaritza Rosario Nieves

544-547

-



-

1. Introducción

Una de las enfermedades, creemos, de la cultura y el quehacer jurídico en España es el ensimismamiento. El provincianismo, vaya. Desde hace más de trescientos años (finales del siglo XVII, nos aventuraríamos a decir¹), no somos exportadores hacia Europa (sí a la América de lengua española) de productos e ideas en el terreno jurídico. Actuamos como importadores. Pero no es raro que lo hagamos sin mirar al efecto de la importación sobre el conjunto del sistema jurídico, para parchear algún problema puntual de la normativa española o dar alas a carreras y preferencias personales de juristas avisados y viajeros. Así, con frecuencia traemos productos jurídicos ya retirados de los anaqueles en sus lugares de origen, de mediana calidad o próximos a la fecha de caducidad intelectual. Por otro lado, seguimos siendo reacios -con el beneplácito de muchos, acaso de la mayoría- a mirar más allá de las disciplinas jurídicas para mejorar el sistema legal, la administración de justicia y sus consecuencias sobre la sociedad.

De nuevo, tenemos ante nosotros un ejemplo de *faux pas* en política jurídica. Uno de tantos. Acaso hay otros factores detrás del mismo, pero nos atreveríamos a decir que en buena medida obedece a falta de curiosidad y de atención a lo que de verdad practican los ordenamientos de referencia en la materia y a ignorancia grave en cuanto a lo que las ciencias sociales nos enseñan sobre el particular.

Nos referimos a la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios («TRLGDCU»), fruto de un Anteproyecto que patrocina el Ministerio de Consumo². El cambio es nimio en su dimensión literal -apenas una frase- pero grande en su potencial impacto. Consiste en introducir un inciso en el actual apartado 1 del art. 82 del TRLGDCU, de forma que el control de abusividad en los contratos con consumidores se extienda a toda cláusula no negociada entre las partes, cualquiera que sea su naturaleza y relevancia en el contrato, y con independencia de su

¹ Todavía en la primera mitad del XVIII los impresores europeos reeditaban -y es de imaginar que lo hacían porque tenían público lector- a clásicos jurídicos españoles (Antonio Gómez, Diego de Covarrubias, Luis de Molina) pero ninguno, que recordemos, posterior a Salgado de Somoza.

² Se ocupa también de este Anteproyecto MARTÍNEZ ESPÍN, «Control de abusividad sobre cualquier elemento del contrato: el fin de las conjeturas», *Revista CESCO*, núm. 23, 2021.

carácter claro y transparente. En particular, la reforma pretende que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato (el precio y su contraprestación, así como la adecuación entre uno y otra) sean objeto de control de abusividad por los tribunales. También cuando están redactadas y se presentan al consumidor de modo claro y transparente.

Esta ampliación del control de abusividad de las condiciones generales de los contratos pretende establecer de manera expresa en Derecho español que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores («Directiva 93/13») no tendrá aplicación en España. Ello es posible dado el carácter de armonización mínima de la Directiva 93/13, de modo que los Estados Miembros pueden establecer reglas más favorables para el consumidor (art. 8 de la Directiva 93/13).

El art. 4.2 de la Directiva 93/13 dispone: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Al tratarse de una norma que «restringe» el alcance del control de abusividad, rechazarla en Derecho español estaría permitido por la propia Directiva 93/13.

El Anteproyecto introduce así un inciso -el que se destaca en negrita- en el actual art. 82.1 TRLGDCU:

«Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente, **independientemente del elemento de la relación contractual que se regule en las mismas**, que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato».

La Exposición de Motivos del Anteproyecto expresa con meridiana claridad que la reforma pretende descartar explícitamente para el Derecho español la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13, de modo que queden sujetas a control de abusividad las cláusulas de determinación del precio u objeto principal y la relación entre el precio que paga el consumidor y los bienes o servicios que el consumidor recibe: «[...] se lleva a cabo una modificación [...] para la indicación expresa de que el control de las cláusulas abusivas puede versar sobre cualquier elemento de la relación contractual, incluido el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y bienes o servicios prestados como contrapartida».

2. Las (sin)razones del Anteproyecto

El Anteproyecto está poco meditado y se expresa y explica con desmaño. Hasta cuatro veces su Exposición de Motivos cita erróneamente la Directiva 93/13.

La justificación que se ofrece para la reforma es inverosímil. Afirma que se pretende aclarar la situación normativa en España en esta materia, elevar el nivel de protección de los consumidores en la contratación e, incluso, mejorar la seguridad jurídica con el fin de aumentar las transacciones económicas entre empresas y consumidores.

Lamentablemente, lo más probable es que suceda todo lo contrario. Creemos que la modificación que se propone supondrá serios efectos negativos para empresas y consumidores, y tendrá efectos adversos sobre la congestión y funcionamiento de los tribunales. Por otra parte, es innecesaria para aclarar la situación legal en España, no aumenta de forma significativa ni provechosa la protección del consumidor y en absoluto tiene un efecto positivo sobre la seguridad jurídica en las transacciones económicas. Ofreceremos razones para ello, comenzando por un factor trascendente pero oculto en la propuesta del Ministerio de Consumo.

2.1. El apartamiento del consenso europeo en la materia

El Anteproyecto disfraza la posición europea en la materia, pues omite señalar que la inmensa mayoría de los Estados Miembros de la UE han optado por seguir la solución indicada por el art. 4.2 de la Directiva 93/13. Precisamente la que pretende repudiar el Anteproyecto.

Tal y como hace público la Comisión Europea (que ha de recibir la información de los Estados Miembros en virtud del art. 8a.1) de la Directiva 93/13), solo cinco países han optado por apartarse de la regla de la Directiva 93/13 y sujetan a control de abusividad las cláusulas contractuales relativas a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación del precio y el bien o servicio, aunque estén redactadas de manera clara y comprensible: Portugal, Eslovenia, Finlandia, Suecia y Malta. Todos los demás -menos Luxemburgo, que está un poco en el medio: controla lo primero pero no lo segundo- hacen justo lo contrario.

Ninguno de los países con economías y sistemas jurídicos más poderosos e influyentes del continente (incluido el Reino Unido, cuando formaba parte de la UE) ha optado por la solución que patrocina el Anteproyecto³:

- (i) Francia, en el artículo L 212-1 del Código del Consumo (*Code de la Consommation*) incorpora expresamente el art. 4.2 de la Directiva 93/13. También lo ha hecho posteriormente el art. 1171 del Código Civil francés (*Code civil*).
- (ii) Lo mismo hace Italia en el artículo 34.2 del Código del Consumo (*Codice del consumo*).
- (iii) En Alemania (de forma no tan diferente a la situación española, pues carece de incorporación expresa del art. 4.2 de la Directiva 93/13) el Código Civil alemán (BGB), donde se ubica ahora la normativa sobre control de condiciones generales, no

³ Por si alguien se pregunta qué pasa con los textos internacionales de *soft law* en materia contractual, hay que decir que están igualmente alineados con el art. 4.2 de la Directiva 93/13: art. 4:110 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), art. 9:406 del Marco Común de Referencia (DCFR) y art. 80 de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL).

cuenta con una disposición expresa que refleje la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13. Sin embargo, la interpretación jurisprudencial y doctrinal unánimes, con apoyo en el §307 (3) BGB, excluyen que el juicio de abusividad pueda suponer el control judicial ex post de precios y de otros elementos esenciales del contrato y, aún menos, una revisión judicial de la adecuación entre prestación y contraprestación⁴.

- (iv) El Reino Unido (entonces miembro de la Unión), en su Ley de derechos de los consumidores de 2015 (*Consumer Rights Act 2015*) excluye expresamente del análisis de abusividad aquellas cláusulas que definen el objeto principal del contrato o que se refieren a la adecuación entre el precio y los bienes o servicios, siempre que tales cláusulas sean transparentes y prominentes.

En definitiva, el Anteproyecto se opone frontalmente al consenso europeo en la materia, que agrupa a la inmensa mayoría de los países y, desde luego, a los que cuentan con economías y ordenamientos jurídicos más destacados en el contexto europeo.

2.2. La innecesaria aclaración de la situación legal en España

El Anteproyecto sostiene que es preciso aclarar la incertidumbre en la situación legal española en esta materia. Sin embargo, la incertidumbre no existe a día de hoy o es muy limitada. Es verdad que el TRLGDCU no recoge expresamente el contenido del art. 4.2 de la Directiva 93/13. Pero esto no es excepcional. Ya se ha visto que hay otros países de la UE (Alemania, sin ir más lejos) que tampoco han incorporado explícitamente el art. 4.2 pero excluyen el control de las cláusulas sobre elementos esenciales si son claras y transparentes⁵.

En España, la posición actual⁶ de la Sala Primera del Tribunal Supremo es clara y reiterada (SSTS, 1ª, 18.6.2012; 9.5.2013; 14.12.2017; 23.1.2019) en el sentido de que el art. 4.2 de la Directiva 93/13 ha sido traspuesto al ordenamiento español de manera implícita en el art. 82.1 TRLGDCU. Por consiguiente, está excluido en España el control de abusividad sobre las cláusulas de precio y sobre la adecuación entre precio y prestación, siempre que haya claridad y transparencia.

No hace falta, por tanto, despejar dudas en estos momentos: la situación legal española es unívoca en virtud de esta doctrina jurisprudencial consolidada. El objetivo del Anteproyecto, como es obvio, no es aclarar la situación. Es cambiar drásticamente el derecho vigente. Si se tratara de una simple clarificación, el Anteproyecto se limitaría a recoger expresamente en el TRLGDCU el contenido del art. 4.2 TRLGDCU, confirmando así la doctrina del Tribunal Supremo.

⁴ WURMNEST, «§307», en *Münchener Kommentar zum BGB*, t. II, 8ª ed., 2019, Rn 17.

⁵ Es cierto que la situación española tiene algunas peculiaridades, entre otras el hecho de que la falta de transposición expresa del art. 4.2 de la Directiva 93/13 probablemente obedece a un error en el voto de enmiendas “empaquetadas” al texto de lo que fue luego la Ley 7/1998, de condiciones generales de la contratación: CÁMARA LAPUENTE, *El control de las “cláusulas abusivas” sobre elementos esenciales del contrato*, Aranzadi, 2006, pp. 61 ss.

⁶ Tras algunas dudas iniciales en la jurisprudencia derivadas de la falta de transposición expresa del art. 4.2 de la Directiva 93/13, dudas no despejadas sino acaso alentadas por la STJUE 3.6.2010, asunto C-484/08, *Caja Madrid*. Sobre estas incertidumbres, CÁMARA LAPUENTE, «¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 de mayo 2013 sobre las cláusulas suelo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2, 2013, pp. 219 ss.

Lo que hace es justo lo contrario: rechazar la norma europea, el consenso mayoritario de los países de la UE, y también la posición jurisprudencial asentada en España.

2.3. El incremento de la inseguridad jurídica

El Anteproyecto permite que, siempre que no hubieran sido negociados individualmente (y la carga de la prueba sobre ese hecho corresponde a la empresa: art. 82.2 II TRLGDCU), el precio, la determinación del objeto principal del contrato distinto del precio y la adecuación entre cuantía del precio y calidad y ventajas del bien o servicio contratado puedan ser revisados *a posteriori* por un tribunal de justicia a fin de determinar si los mismos son, o no, abusivos. Además, el TRLGDCU se aplica de forma prácticamente universal a todos los contratos entre empresas y consumidores y a todos los sectores de la economía. La medida que se desea introducir es universal y horizontal, no particularizada o sectorial.

Por otra parte, el juicio general de abusividad, por su propia naturaleza, contiene ya de por sí importantes factores de incertidumbre -justificados o no, es otra cuestión-. Sus criterios primarios son la contradicción con la buena fe y el desequilibrio importante en perjuicio del consumidor de los derechos y obligaciones de las partes. El debate sobre los mismos es y será interminable, a pesar de los esfuerzos de la jurisprudencia (del TS y del TJUE) y de la literatura jurídica por aportar algo de claridad. En todo caso, la incertidumbre en cuanto a los criterios y resultados sube varios órdenes de magnitud cuando pensamos en aplicar la abusividad a las cláusulas de precio, o a la equivalencia entre precio y calidad, en relación con todos los productos y servicios que se contratan en la economía cuando estos aspectos no han sido negociados individualmente entre empresa y consumidor -¿y cuándo lo son en los mercados masivos, no digamos ya en los electrónicos?-. De hecho, la jurisprudencia del TJUE (asunto C-26/13, Kásler; asunto C-143/13, Matei) y del TS (SSTS, 1ª, 23.1.2019; 12.11.2020) nos recuerdan oportunamente que no existen criterios jurídicos aptos a guiar a un tribunal en el control de abusividad sobre esa clase de términos contractuales.

Tampoco los hay de carácter económico, pues no hay precios «adecuados» ni correspondencias «adecuadas» entre precio y calidad de un bien o servicio. Cualquier precio igual o superior al coste de poner el bien o servicio en manos del consumidor e inferior o igual a la valoración que el consumidor hace del bien o servicio mejora el bienestar de ambas partes contractuales y, por tanto, es «adecuado» desde el punto de vista económico. Pero averiguar ese coste efectivo y, no digamos ya, la valoración del consumidor, no es tarea fácil con carácter general ni en un caso singular de un determinado contrato entre una concreta empresa y un consumidor individual.

Estamos, pues, ante un control *ex post* y descoordinado por parte del conjunto de la judicatura civil del país. Los tribunales habrían de enfrentarse a esta misión carentes de criterios mínimamente predecibles y contrastables para cumplirla. La propuesta esconde, además, una actitud paternalista respecto los consumidores españoles. Los precios que han considerado aceptables por bienes y servicios de su interés dispondrán de una segunda evaluación de su adecuación por parte de un tercero, un juez, ajeno a la transacción, a las variables y preferencias relevantes del consumidor y a la estructura del mercado de los oferentes del producto y/o servicio objeto de la transacción.

Naturalmente, todo ello es muy probable que se traduzca en una gran inseguridad en cuanto a los elementos que los tribunales decidan emplear para el enjuiciamiento de abusividad, así como para integrar el contrato en el caso en que ello fuera posible: ¿van a prevalecer las referencias de mercado o de precios corrientes?; ¿se acudirá a la comparación con casos similares en cuanto a la situación del consumidor?; ¿primarán las normas supletorias generales, en los pocos casos en que existen?; ¿veremos apreciación libre y discrecional de lo que son márgenes razonables sobre los costes?; ¿la evaluación será uniforme y por lo tanto la determinación de abusividad respecto a un precio se contagiará al resto de contratos que contengan precios semejantes?

En definitiva, es esperable que si el Anteproyecto prospera, los operadores económicos vayan a encontrar serias dificultades para anticipar si sus decisiones empresariales -y entre las más importantes de ellas están el precio al que ofrecen los bienes y servicios y los niveles de calidad con que salen al mercado- van a ser o no convalidadas a posteriori por los tribunales y cuál será el resultado final en términos de ingresos por los contratos de consumo que celebren. Un elevado nivel de inseguridad que tendrá consecuencias: retraer y obstaculizar interacciones entre empresas y consumidores.

2.4. La elevada protección de los consumidores en materia de cláusulas abusivas

El nivel de protección de los consumidores en materia de contratación estandarizada es ya elevado en España y en Europa. Los jueces pueden controlar el carácter abusivo de cualquier cláusula que no determine el objeto principal del contrato celebrado entre una empresa y un consumidor al amparo del actual art. 82.1 del TRLGDCU (el art. 3.1 de la Directiva 93/13). Además, los tribunales también pueden hacerlo respecto de las cláusulas de precio y la relación entre precio y bien o servicio recibido cuando los términos contractuales que los definen no son claros y transparentes, como es patente en el art. 4.2 de la Directiva 93/13. Adicionalmente, el TRLGDCU declara abusivas per se una larga y heterogénea enumeración de cláusulas (art. 82.4 en relación con los arts. 85 a 90) se refieran o no al precio o a la adecuación entre prestación y contraprestación, en una lista negra de cláusulas abusivas que es la más extensa (y heteróclita) de todos los países de la UE.

Además, es precisamente la posibilidad del consumidor de comparar entre alternativas lo decisivo para su protección en este ámbito. Son el precio que ha de pagar y la calidad global del bien y servicio y su ajuste a sus preferencias lo que lleva a los consumidores (a cualquiera, en realidad) a tomar la decisión de contratar. Si los consumidores están bien informados sobre estos aspectos, la competencia entre las empresas es lo que lleva a que los consumidores puedan disfrutar de los mejores precios (permitidos por los costes) por los productos que prefieren. Precisamente por eso, el régimen europeo de cláusulas no negociadas excluye del control judicial ex post aquellas cláusulas —las de precio y otros elementos esenciales y las que determinan la relación calidad/precio— que son típicamente las más notorias y relevantes para los consumidores, y por eso podemos esperar que en ellas se dé con particular intensidad la comparación de ofertas por los consumidores y la elección de la más atractiva.

La economía conductual y la psicología del consumidor han puesto de relieve retos importantes (sesgos, susceptibilidades, posibilidades de manipulación) para que el nivel de información del consumidor, en especial en los mercados digitales, sea el deseable para permitir el sano

funcionamiento de la competencia sobre precios y otros elementos esenciales y notorios del contrato. Hay mucho terreno por avanzar aquí⁷. Precisamente para promover el conocimiento y comparación por los consumidores, el Derecho de la UE condiciona la exclusión del control *ex post* de abusividad a que las cláusulas en cuestión sean claras y comprensibles y, de este modo, permitan de verdad el juego normal de la competencia en los mercados. Esto no descarta que puedan pensarse intervenciones legales que, para determinados contratos o entornos de contratación en que a pesar de la claridad aparente podemos observar imperfecciones en la toma de decisiones por los consumidores, potencien la información y la transparencia efectivas. De hecho, muchas normas del Derecho de consumidores europeo y español se explican por esta política. Pero no es una buena alternativa un control judicial de precios indiscriminado y generalizado carente de criterios y referencias para mejorar el bienestar de los consumidores.

2.5.El impacto sobre la litigación y la congestión de la justicia

Es un dato público y notorio que los tribunales españoles, dentro del contexto europeo, se hallan entre los más congestionados y peor dotados. Los niveles de litigación civil son muy elevados en general y singularmente en materia de consumo y de cláusulas abusivas. Ningún país de nuestro entorno ha padecido en la última década la oleada masiva de pleitos por abusividad como la vivida en España. Esto ha tenido un impacto significativo sobre los niveles de congestión y dilación de los órganos judiciales civiles. La pandemia no ha hecho sino agravar la dilación en la resolución de asuntos.

La reforma que supone el Anteproyecto no hará sino perturbar aún más esta ya precaria situación, pues da incentivos importantes a presentar demandas de abusividad de precios y de relación entre precio y calidad de lo recibido. Dada la inherente incertidumbre sobre los criterios de decisión en estos casos, así como sobre el resultado esperado, la llamada a la litigación es evidente. Los efectos negativos de una nueva oleada de litigación masiva de consumo en este campo -sin fecha de caducidad esperable, pues las cláusulas de precio y la adecuación entre precio y calidad siempre van a estar presentes en los contratos, al contrario que las cláusulas suelo o el índice IRPH- es algo que la administración de justicia española no se puede permitir.

3. La ciclotimia en relación con el Derecho europeo de consumo

El Anteproyecto muestra también una concreta patología en la relación del Derecho español con el Derecho europeo. En materia de Derecho de consumo, la actitud de nuestro sistema jurídico, incluyendo al legislador y a nuestros tribunales, muestra oscilaciones enormes en relación con el Derecho europeo. O lo ignoramos o lo reverenciamos, sin términos medios. Pasamos del temor y la esperanza casi religiosos que resultan de atribuirles virtudes taumatúrgicas para resolver nuestros problemas internos a cerrar los ojos a sus elementos más básicos e incuestionados.

⁷ GÓMEZ POMAR, «Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771», en GÓMEZ POMAR/FERNÁNDEZ CHACÓN (Dir.), *Estudios sobre Derecho contractual europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Aranzadi, 2021 (en prensa).

Una muestra reciente de la primera actitud la podemos encontrar en el Auto de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10.9.2021, por el que formula cuestión prejudicial al TJUE en relación con la comisión de apertura en los préstamos hipotecarios. Este asunto ya fue resuelto en la STS, 1ª (Pleno), 23.1.2019, en el sentido de que la comisión de apertura, si se presenta de forma clara y transparente ante el consumidor hipotecario, al ser un ingrediente relevante y perceptible por los consumidores del conjunto del precio del préstamo, no está sujeta a control de abusividad de su contenido e importe.

Luego vino la STJUE 16.7.2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, CY y Caixabank. Esta, razonando con más que discutible información sobre el contenido del Derecho español en la materia ofrecida por uno de los juzgados remitentes, en lo esencial se limitó a reiterar su conocida (ya expresada, por ejemplo, en la STJUE Matei) posición hiperformalista en cuanto a la calificación de un término contractual como precio o elemento esencial⁸. Sin embargo, el TJUE no condiciona en este punto una apreciación que corresponde realizar el juez nacional (entre otras cosas, porque es quien más información dispone de la percepción de los consumidores acerca de lo que es el precio de los contratos de préstamo que se celebran en España). Con todo, el TS se ha considerado bajo sospecha en su interpretación anterior, y con su cuestión prejudicial busca confirmación ante el TJUE, básicamente ofreciendo en forma de pregunta argumentos -la mayor parte de ellos, muy atendibles- para que el TJUE bendiga su solución de 2019.

La cautela del TS es acaso explicable por la historia reciente del juego estratégico entre TJUE, TS y (algunos, pero no residuales) tribunales inferiores españoles. Lo que da un poco de apuro, desde el sistema jurídico español- es que la cuestión prejudicial pone a la vista de toda Europa nuestras miserias en este terreno, aún más de lo que llevamos haciendo en los últimos 10 años: un órgano judicial de instancia que formula una cuestión prejudicial al TJUE -la que dio lugar a la STJUE CY y Caixabank- con información sesgada e, incluso, engañosa: distorsionar es engañar; un Estado que no es capaz de explicar convincentemente ante el TJUE el Derecho nacional para evitar que el Tribunal europeo se lleve a engaño sobre la situación legal en España. Es triste, pero da la sensación de que la credibilidad de España como Estado ante el TJUE en este campo es casi nula, tras las poco lucidas actuaciones procesales de los últimos años; un Tribunal Supremo que, para conseguir que le hagan caso los tribunales inferiores necesita el respaldo explícito del TJUE, transmitiendo una amarga sensación de impotencia, de no ser capaz de afirmar su criterio y su jurisprudencia en su propio país. No es este el lugar de identificar y explicar los factores que han llevado a este triste estado. Creemos que esto es lo importante, y no el buscar responsables, que es lo que suele gustarnos hacer en España. No ha sido casualidad, ni producto de conspiraciones externas o intestinas. De nuevo, pensamos que una aproximación poco analítica y de conjunto a la protección del consumidor en la contratación, especialmente en la financiera, en el legislador, los tribunales -también en el TS- y la doctrina, ha jugado un papel muy relevante en la impotencia del sistema jurídico español de los últimos años ante la resaca de la euforia inmobiliaria e hipotecaria de los inicios del siglo. Volveremos sobre ello, confiamos, más por extenso.

⁸ Una postura crítica en relación con esta posición en GÓMEZ POMAR, «Core Terms versus Non-Core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?», *European Review of Contract Law*, vol. 15, núm. 2, 2019, p. 177.

En el extremo opuesto a la actitud timorata y reverente, ahora el Anteproyecto que hemos comentado decide prescindir por entero de la regla-que no constriñe a una plena armonización, cierto, pero es con nitidez la opción europea- de la Directiva 93/13, el texto legal que ha protagonizado los últimos 10 años de litigación civil en España y pretende encaminarnos por una senda incierta por la que han renunciado transitar la inmensa mayoría de los países de nuestro entorno, singularmente los más importantes e influyentes. Es en verdad una extraña ciclotimia.

4. Conclusiones

En las líneas anteriores hemos desgranado una serie de razones que permiten concluir que el Anteproyecto no solo es innecesario, sino gravemente contraproducente y perjudicial para la sociedad y la economía españolas. También para la calidad y eficiencia de la administración de justicia y del sistema jurídico en su conjunto. Nos aparta de la solución ampliamente mayoritaria en Europa, especialmente entre las grandes economías y sistemas legales del continente. No contribuye a aclarar y despejar dudas sobre la situación legal española que, simplemente, no existen hoy por hoy. Creará una grave inseguridad jurídica para las empresas y las transacciones económicas poniendo en riesgo de revisión decisiones empresariales básicas -precio y calidad de bienes y servicios- y ello sin mejorar la protección y el bienestar de los consumidores. Por último, es de esperar que genere importante litigación, dados los precedentes de la judicialización masiva de cuestiones sobre cláusulas abusivas en España, agravando seriamente la precaria situación de la justicia civil en nuestro país.

Por todas las razones anteriores, lo aconsejable es que el Anteproyecto sea abandonado o, en todo caso, sirva como cauce para introducir expresamente en el TRLGDCU la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13, en sintonía con otros países de nuestro entorno (Francia, Italia, Reino Unido).

Un mal paso es peor que quedarse quieto, incluso que dar un paso atrás.

Fernando Gómez Pomar
Mireia Artigot Golobardes
Juan-José Ganuza Fernández

¿Un hurto o “el hurto”?

A un hurto de quinientos euros le corresponde en España una penalidad abstracta de hasta un año y medio de prisión. El bien jurídico lesionado por el hurto es la propiedad, que ciertamente no es un derecho fundamental. Sin embargo, la libertad – y la libertad ambulatoria, en particular – sí constituye un derecho fundamental. Si pensamos en un concreto hecho de hurto, la pena no puede calificarse sino como absolutamente desproporcionada. Quien comete un hurto de quinientos euros no merece quinientos días de prisión, de modo que deba pagar con un día de su vida cada euro apropiado. Ahora bien, las cosas son distintas si se deja de contemplar el hurto concreto y se habla de “prevención del hurto”, en general. O, como solemos decir, de la prevención general del hurto. Para esta perspectiva lo decisivo no es el año y medio de prisión que puede cumplir el que comete un hurto. Lo determinante es que hay que intimidar a quienes quieran cometer hurtos en el futuro. A los “potenciales ladrones”.

El problema es que la intimidación de los potenciales ladrones depende, según es común entender, de tres variables. Las tres variables de la ecuación de la intimidación son: la gravedad de la pena, la certeza de su imposición y la celeridad en imponerla⁹. La medida de la certeza – en otras palabras, de la probabilidad de aprehensión, enjuiciamiento y castigo de quien ha cometido un delito – depende de la eficacia del sistema policial y judicial. La celeridad, por su parte, requiere que la duración del proceso penal, incluidas las vías de recurso, sea corta. De lo contrario, hay que contar con la incidencia en el delincuente potencial del sesgo cognitivo que se conoce como sesgo de presente o descuento del futuro. Este consiste en la infravaloración por parte de muchos agentes de los hechos negativos que les puedan acontecer en un futuro distante del momento en que realizan un análisis de las ventajas e inconvenientes de cada una de las decisiones posibles. Pues bien, es sabido que la medida de la eficacia del sistema policial y judicial refleja, en todo caso, un porcentaje muy inferior al 100%. Resulta asimismo conocido que la duración de los procesos suele ser, en general, bastante larga. El valor de estos otros dos factores es fácil de apreciar si se observa que, en la ecuación de la intimidación, la medida de esta es el resultado de la multiplicación de la gravedad de la pena por la probabilidad de aprehensión y enjuiciamiento, así como por el tiempo que se tarde en imponer y ejecutar la pena. Dado que la probabilidad de descubrimiento de los

⁹ BENTHAM, *The Rationale of Punishment*, 1830, pp. 32 ss.

hurtos es baja y los procesos se alargan, los más de quinientos días en prisión se multiplican por coeficientes muy inferiores a 1 y pierden mucha eficacia intimidatoria. Pongamos que se convierten en unos pocos días, en la representación del ladrón potencial: $500 \times 0,1 \times 0,5 = 25$ días. Esto, partiendo de que se descubre y juzga uno de cada diez hurtos cometidos y de que el delincuente potencial pone un coeficiente de descuento del 50% a los males que pueden tener lugar dentro de cuatro o cinco años. Los coeficientes son inventados, y es más que probable que se queden muy cortos.

La consecuencia práctica de lo anterior es que el legislador preventivo, que sólo controla directamente, en realidad, una de las tres variables de la ecuación – la de la gravedad –, la sobrecarga. Para obtener una “intimidación de veinticinco días”, ni más ni menos que tiene que establecer una penalidad abstracta de quinientos días. El problema, entonces, es que cuando un determinado sujeto es condenado por la comisión de un hurto se le pueden imponer hasta los quinientos días del marco penal abstracto. Expresado de otro modo, paga por “confirmar la seriedad de la amenaza” necesaria para prevenir el hurto en general. En definitiva, responde tanto por lo que ha hecho como por lo que han hecho todos los que cometen hurtos no descubiertos, de modo que se le hace pagar el pato: le ha tocado la lotería del terror penal. Visto así, está claro que la pena es un *overkill* (un exceso)¹⁰, algo que fue advertido por todos los críticos de la teoría de la prevención general intimidatoria como fundamento de la pena¹¹. El problema es que no se trata sólo de la consecuencia de una teoría, sino que la praxis de la legislación penal del Estado hace suyo este *modus operandi* con independencia de aceptar aquel modelo de legitimación del castigo.

Ciertamente cabe ver las cosas desde otro punto de vista. Se puede decir que un hurto no es simplemente el apoderamiento de la cosa de otro con ánimo de apropiación, algo que produce en un sujeto pasivo determinado la expropiación de un bien concreto. Entonces se afirma que, por el contrario, el hurto produce una general inseguridad cognitiva en cuanto a la vigencia de las normas relativas al derecho de propiedad¹². Es decir, que el hurto produce un daño psico-social e intelectual que repercute en toda la sociedad. Lo que ocurre es que resulta muy discutible que eso lo produzca un hurto concreto. En realidad, ese efecto lo produce el fenómeno social del hurto: “el hurto”, en abstracto. Claro que cabe replicar que el fenómeno social del hurto constituye el contexto de sentido de cada hurto concreto, de modo que determina su significado. Expresado de otro modo, que dicho contexto cae de cuenta del agente¹³.

Esta forma de argumentar es la propia de algunas de las doctrinas de la prevención general positiva. También, si se dan sus presupuestos, de la denominada retribución empírica. Unas y otras corren el riesgo evidente de que se tenga presente el “problema del hurto” y no el hurto concreto cometido un día determinado por un sujeto en particular. Esto le lleva a decir a JAKOBS que “la infracción de una norma que pertenece al núcleo de la sociedad lesiona algo grande, aunque el botín sea pequeño”¹⁴. En todos estos modelos lo que sucede es que a un determinado

¹⁰ Lo que asume SCHÜNEMANN, «Ein neues Bild des Strafrechtssystems?», *ZStW*, (126), 2014, p. 9.

¹¹ MERKEL, A., *Derecho penal. Parte general*, s/f, p. 200; MAYER, M. E., *Derecho penal. Parte General (1915)*, 2007, p. 529.

¹² JAKOBS, *La pena estatal*, 2006, pp. 148 ss. Para el hurto en concreto, JAKOBS, «Der Kern der Gesellschaft ist getroffen», *KritV*, 1996, pp. 320 ss.

¹³ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 119, n. 661.

¹⁴ JAKOBS, *KritV*, 1996, p. 321.

agente se le imputa toda la desestabilización social que produce el “fenómeno hurto”¹⁵. Pero el caso es que el fenómeno social del hurto no es cosa suya, sino que él sólo ha cometido un hurto. Los argumentos esenciales de este planteamiento son la afectación de una norma central del modelo social, así como el riesgo de generalización¹⁶. Frente a ellos, la lesividad material limitada de cada hecho aisladamente considerado desempeña un papel secundario.

En todo caso, lo injusto del tratamiento del hurto se puede observar con claridad si tenemos presente la siguiente paradoja. En sociedades económicamente injustas o socialmente desestructuradas, o bien en momentos de crisis, suelen darse más hurtos. Ahora bien, si al autor de un hurto se le hace responder por el fenómeno, entonces se le está haciendo culpable de la desestructuración social. Si se entendiera que esa desestructuración co-determina el injusto de su hecho, entonces se debería aceptar que también influye en la culpabilidad. En concreto, para señalar que no todo el injusto de su hecho le es imputable a él, de modo que debe reducirse drásticamente su culpabilidad¹⁷. Es cierto que quien comete un solo hurto tiene más culpa de todos los hurtos y las reacciones sociales que estos provocan que quien no ha cometido ningún hurto. Pero quien comete un hurto concreto no merece la pena actualmente contemplada en la conminación legal del delito de hurto. Esta se ha establecido atendiendo al problema social general del hurto – y, seguramente, a una sobrevaloración de la propiedad frente a los bienes personales muy propia de la codificación burguesa del siglo XIX –. La imposición de tal pena a quien comete un hurto es, en términos deontológicos, injusta. Algo que pone de relieve, por lo demás, que la retribución deontológica es la única doctrina capaz de aproximarse al merecimiento justo de un agente en concreto.

Jesús-María Silva Sánchez

¹⁵ JAKOBS, *KritV*, 1996, p. 321.

¹⁶ JAKOBS, *KritV*, 1996, p. 323: «Cualquier niño aprende que la relativa falta de lesividad de un comportamiento individual no convierte a éste de por sí en permitido, en concreto no lo hace cuando, si lo realizara todo el mundo, el daño sería insoportable».

¹⁷ Ya muy crítico, SILVA SÁNCHEZ, «Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión», *Estudios penales y criminológicos*, (25), 2004, pp. 331 ss.

¿Reconocer el delito pasado o asumir responsabilidad por el futuro?

-

Como quizás es conocido, es frecuente que, para la obtención de un permiso penitenciario, y para el acceso a tercer grado (lo cual abre la posibilidad de cumplir el resto de la condena en un centro abierto y acceder a la libertad condicional), se exija que la persona condenada «reconozca el delito», asuma el hecho.

Esta exigencia no está plasmada de forma explícita en la ley ni en el reglamento penitenciario. Sin embargo, la negativa a conceder un permiso basada en estas razones no es excepcional y así, de acuerdo a nuestras investigaciones¹⁸ aproximadamente en un 20% de los permisos se evalúa explícitamente¹⁹ si la persona «ha reconocido los hechos» por las Juntas de Tratamiento, por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y por Fiscalía. A diferencia de otros criterios, parece existir acuerdo, entre los diversos actores que intervienen en la ejecución penitenciaria (administración, jueces y fiscalía), que «reconocer el delito» es básico para poder afrontar un futuro sin delinquir.

Nuestras intuiciones de sentido común apuntan a que una persona «debe reconocer el delito», como primer paso en la posibilidad de reeducarse. A falta de investigaciones empíricas, una introspección nos confirma que así es como educamos a los niños, así es cómo se educa en familia o en las escuelas. No obstante, los centros penitenciarios no reúnen las características de las familias, en las que generalmente se parte de un entorno de apoyo y cariño continuado y en el que el «reconocimiento del delito» no conllevará una pena privativa de libertad.

Un cierto apoyo para la exigencia de la necesidad de reconocer el delito puede provenir de un conocido artículo de SYKES y MATZA²⁰

¹⁸ LARRAURI, Elena, «Se inventan sus leyes' ¿Qué criterios se deben valorar en la concesión de permisos penitenciarios?», *Jueces para la Democracia*, 94, 2019 pp. 43-59.

¹⁹ La exigencia de 'reconocer el delito' se discute de forma implícita en muchas más ocasiones. A título de ejemplo la condición -que tampoco está en la ley- de que se haya pagado la responsabilidad civil para acceder a un permiso se sostiene también porque se considera que el pago es un 'indicador' de que se asume el delito.

²⁰ SYKES/MATZA, «Techniques of neutralization: a theory of delinquency», *American Sociology Review*, 1957, vol.22.

acerca de las técnicas de neutralización. En opinión de estos autores, el uso de estas técnicas de negación de la responsabilidad permite actuar de forma delictiva más fácilmente, esto es, no son justificaciones *ex post*, sino que la existencia de estas creencias puede facilitar la comisión del delito. Ello es lo que previsiblemente justifica actuar sobre estas «distorsiones cognitivas».

No obstante, en la actualidad MARUNA²¹ es probablemente el autor que más ha cuestionado esta exigencia. En lo que sigue expondré de forma breve (la que creo es) su opinión. El autor pone de relieve que el uso de estas justificaciones no conlleva necesariamente un aumento de las probabilidades de que la persona delinca, pues puede suceder lo contrario, precisamente al intentar excusar su acto, lo que el actor manifiesta es su compromiso con el orden normativo vigente.

Además, el uso de las justificaciones son una prueba, no de que el autor no quiera redimirse o rehabilitarse, sino de sus intentos precisamente de no ser etiquetado como delincuente y deben interpretarse como su esfuerzo por mantener una auto imagen de persona moral. Dicho de otro modo, el uso de justificaciones es universal y es un símbolo de salud mental, y a la vez un requisito necesario para poder afrontar con éxito la salida de la delincuencia.

Insistir en que la persona vuelva al pasado, lo reviva, es una forma de reificar el pasado, de mantenerse en él. Implica profundizar en su identidad delictiva y etiquetarlo, pues le somete a una «ceremonia de degradación» que refuerza la asunción del rol de desviado y ocasiona, como ha enseñado la teoría del etiquetamiento, una desviación secundaria («soy vs he hecho»).

Además, en el caso en que esta exigencia se lleve a cabo en un entorno penitenciario, promueve el cinismo moral, puesto que la persona sabe que «debe pasar por el aro» si quiere ser admitido en el programa de tratamiento o que le den un permiso. De esta forma, deviene una prueba diabólica: si no lo acepta es prueba de su maldad o enfermedad, y si lo acepta, entonces su maldad o enfermedad ha quedado demostrada.

La posibilidad de estigmatizar, o de humillar podrían ser un coste asumible si hubieran indicios de que las personas que asumen los hechos en efecto presentan menores tasas de reincidencia. No obstante, en un experimento que realizó MARUNA²² mostró que las personas que desisten no muestran un mayor arrepentimiento, sino una mayor capacidad de proyección hacia el futuro.

²¹ MARUNA/MANN, «A fundamental attribution error? Rethinking cognitive distortions», *Legal and Criminological Psychology*, II, 2006, pp. 155-177; MARUNA/COPEL, «Excuses, Excuses: What have We Learned from Five Decades of Neutralization Research?», *Crime and Justice: A Review of Research*, 32, 2004, pp. 221-320; MARUNA, «Desistance from Crime and Explanatory Style», *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 20/2, 2004, pp. 184-200.

²² MARUNA, *Making good: How ex-convicts reform and rebuild their lives*, 2001.

La investigación consistía en entender la «narrativa» que diferencia a los dos grupos. Se trata precisamente de comprobar si los que siguen delinquiendo hacen un mayor uso de excusas o justificaciones, en tanto que el grupo que desiste ha asumido su culpa. Para ello siguió a más de 100 personas que habían estado en prisión, de los que 55 desistieron, y 34 persistieron. Se recogieron los eventos negativos y los positivos y se intentó ver a que los atribuían. El objetivo era, como he comentado, entender cuál era la «narrativa» que acompaña a los que desisten del delito. Los resultados fueron que los individuos que son capaces de proteger su autoestima, al atribuir los hechos delictivos a fuerzas externas, inestables y específicas, pueden estar en mejores condiciones para desistir.²³

En definitiva, el uso de las justificaciones y excusas ayuda a construir una identidad (*self*) estable, y a proteger nuestra imagen. Esta imagen es necesaria para poder afrontar con éxito el futuro, pues más allá de que sea «verdad» o no, lo que importa es el rol que cumplen estas narrativas, a modo de «ilusión positiva»²⁴, como guías de acción futuras. En resumen, asumir el delito, reconocer los hechos no diferencia las narraciones de las personas que persisten y las que desisten. Si acaso, lo que diferencia a ambos grupos es la «responsabilidad activa», para intentar enmendar el daño realizado, más que una obsesión con el pasado.

El objetivo de este breve comentario es doble: por un lado, estimular la discusión entre los profesionales del tratamiento en prisiones para que reflexionen sobre el peso que debe concederse a la exigencia de «reconocer el delito» como indicador o factor de riesgo de la reincidencia. Ello quizás implica más que reiterar el pasado, valorar los proyectos de futuro que la persona tiene, sus planes de reforma, su «generatividad» para que otros no caigan en sus mismos errores. Más a evaluar y promover los planes de futuro que no a esforzarse por que la persona «asuma el hecho»; más a evaluar una «responsabilidad activa», lo que va a hacer, cuál es su identidad nueva, que una responsabilidad pasiva de aceptar la culpa de sus hechos.

Respecto de los jueces, el llamamiento es a no aceptar acríticamente este requisito de «asunción del delito», como paso previo a conceder un permiso penitenciario, menos aun cuando viene con una x en un formulario, a no ser que esté acompañado por otra serie de razones. MARUNA²⁵ ha enfatizado la importancia de una nueva narrativa que guie las acciones futuras, entonces quizás es mejor concentrarse en construir esta que en atacar su yo anterior. La rehabilitación conlleva responsabilizarse, pero más que de sus errores, de su futuro.

Elena Larrauri

²³ Estos resultados son confirmados por otros experimentos en psicología para diferenciar, por ejemplo, a los depresivos y no depresivos: los individuos que atribuyen los hechos a fuerzas externas (en vez de internas, ‘fue mi culpa’), inestables (en vez de estables, ‘pasa siempre’) y específicas (en vez de globales, ‘todo va mal’), son menos proclives a experimentar la depresión.

²⁴ TAYLOR (1989) cit. por MARUNA/COPES, *Crime and Justice: A Review of Research*, 32, 2004, pp. 221-320.

²⁵ MARUNA, *Making good: How ex-convicts reform and rebuild their lives*, 2001.

Bibliografía

LARRAURI, Elena, «Se inventan sus leyes' ¿Qué criterios se deben valorar en la concesión de permisos penitenciarios?», *Jueces para la Democracia*, 94, 2019 pp. 43-59.

MARUNA, Shadd/MANN, Ruth, «A fundamental attribution error? Rethinking cognitive distortions», *Legal and Criminological Psychology*, II, 2006, pp. 155-177.

MARUNA, Shadd/COPEL, Heith, «Excuses, Excuses: What have We Learned from Five Decades of Neutralization Research?», *Crime and Justice: A Review of Research*, 32, 2004, pp. 221-320.

MARUNA, Shadd, «Desistance from Crime and Explanatory Style», *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 20/2, 2004, pp. 184-200.

MARUNA, Shadd, *Making good: How ex-convicts reform and rebuild their lives*, American Psychological Association, Worcester, Mass, 2001.

SYKES, Gresham y MATZA David, «Techniques of neutralization: a theory of delinquency», *American Sociology Review*, 1957, vol.22.

María Teresa Alonso Pérez
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

La regulación, en tiempos de COVID, de los contratos de servicios y de compraventa celebrados por consumidores

Sumario

-

En este trabajo se analizan los tres primeros párrafos del artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020, en los que se regula la patología que la situación de pandemia provocada por el coronavirus causa sobre los contratos de compraventa y de servicios celebrados por consumidores y que tienen como principal objetivo la protección de estos. Se toma como referencia para la regulación de esta cuestión la doctrina vertida en torno a la cláusula rebus sic stantibus lo que provoca importantes disfunciones. Por un lado, el supuesto de hecho no está bien perfilado y suscita numerosos interrogantes y, por otro lado, como remedio se otorga al consumidor una facultad resolutoria con un plazo de prescripción de 14 días y que solo es efectiva si, pasados 60 días, las partes no han conseguido reconfigurar el contenido del contrato. Para valorar adecuadamente esta regulación dictada para unas circunstancias extraordinarias se procede a comparar con la que resultaría de aplicación en tiempo ordinario.

Abstract

-

In this work are analyzed the first three paragraphs of article 36 of Royal Decree-Law 11/2020, which regulates the pathology that the pandemic situation caused by the coronavirus causes on the contracts of sale and services concluded by consumers having as the main objective the protection of these. The doctrine based on the rebus sic stantibus clause is taken as a reference for regulation, which causes important dysfunctions. On the one hand, the factual assumption is not well outlined and raises numerous questions and, on the other hand, as a remedy, the consumer is granted a power to terminate the contract within a period of 14 days and that is only effective if, after 60 days, the parties have not succeeded in reconfiguring the content of the contract. To properly assess this regulation issued for extraordinary circumstances, we proceed to compare it with the regulation that would be applicable in ordinary time.

Title: *The regulation, in times of covid, of service and sale contracts concluded by consumers*

-

Palabras clave: Derecho del consumo. Consumidores. Covid. Coronavirus. Pandemia. Cláusula *rebus sic stantibus*. Resolución. Imposibilidad sobrevenida. Compraventa. Contrato de servicios.

Keywords: *Consumer law. Consumers. Covid. Coronavirus. Clause rebus sic stantibus. Resolution. Impossibility. Contract of sale. Services contract.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.01

4.2021

Recepción
10/06/2021

-

Aceptación
25/07/2021

-

Índice

-

1. Planteamiento

2. Supuesto de hecho de la norma: la imposibilidad de ejecución de la prestación debida por el vendedor o el prestador del servicio a causa de la pandemia

3. Consecuencia jurídica de la norma: el derecho del consumidor a la resolución mediatizada del contrato

3.1. Objetivo principal: facultar al consumidor para desligarse del contrato

3.2. Plazo de prescripción de la acción para ejercitar la resolución

3.3. La obligación de negociación

3.4. Los efectos restitutorios

4. Categorización del supuesto de hecho y consecuencias jurídicas que resultarían de aplicación en tiempo ordinario

4.1. ¿Podría ser un caso de alteración sobrevenida de las circunstancias que permita dar relevancia a la cláusula *rebus sic stantibus*?

4.2. Imposibilidad sobrevenida

a. Contrato de compraventa

b. Contrato de servicios

4.3. Los requisitos de la resolución como nota diferencial con respecto al régimen ordinario

5. Reflexiones finales

6. Jurisprudencia

7. Bibliografía

-

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



1. Planteamiento

En marzo de 2020, la OMS declaró una pandemia a causa del contagio masivo del Virus SARS-CoV-2 que provoca la enfermedad COVID-19. Tan grave circunstancia sanitaria desencadenó, entre otras cosas, una intensa actividad normativa encaminada a la adopción de medidas que solventaran, en la medida de lo posible, los problemas que la inédita situación planteaba. Uno de los aspectos que preocuparon desde esa perspectiva fue el de los contratos de consumo cuya ejecución podría verse afectada por la declaración del estado de alarma que se produjo en España a través del Real Decreto-ley 463/2020, de 14 de marzo, el cual decretaba el confinamiento de la población en sus domicilios y, consecuentemente, provocaba la paralización casi completa de la actividad económica del país que quedó reducida a sectores esenciales.

Desde un primer momento se regulan algunas relaciones contractuales de consumo, en cuanto que su ejecución podía, debido a la pandemia, no ajustarse al plan trazado por las partes al celebrarlo. En este orden de cosas, hay que tener en cuenta que algunos contratos de compraventa no pudieron cumplirse; aunque, quizás, sea el ámbito de los contratos de servicios el que resultó más afectado porque muchos centros educativos, de estética, peluquerías, gimnasios e instalaciones deportivas tuvieron que cerrar sus puertas y dejaron de atender a sus clientes. Además, aquellas prestaciones que se habían concertado para celebraciones familiares en fechas próximas (catering, servicios musicales, fotografía, vestuario) o actividades culturales debieron ser canceladas ante la imposibilidad de que tuvieran lugar dichos eventos. Por supuesto la situación incide notablemente en los viajes programados que deben suspenderse, pero ese ámbito va a quedar fuera del alcance de este trabajo que versa exclusivamente sobre los contratos de compraventa y los de servicios.

La regulación que intenta remediar este tipo de problemas se contiene en el artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Dicho precepto establece en sus tres primeros párrafos una regulación específica para los contratos de compraventa y para los contratos de servicios, incluidos los de tracto sucesivo, que son, como he dicho, los que voy a estudiar. Este artículo 36 RD-ley 11/2020 ha sido modificado, posteriormente, en tres ocasiones¹.

¹ La primera modificación tiene lugar a través de la Disposición final 10.5 del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, que modifica el apartado 1 para precisar que el plazo para la resolución del contrato comienza a correr desde la imposible ejecución del mismo y, en segundo lugar, para concretar el *dies a quo* del plazo de 60 días de negociación entre las partes en el día en el que el consumidor insta la resolución y no en el día de la imposible ejecución del mismo, como decía con antelación el precepto.

La segunda modificación del precepto se produce por la Disposición final 5.1 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio que modifica los apartados 1 y 4 del precepto introduciendo una serie de menciones que perfilan el supuesto de hecho. Así, la referencia inicial a las medidas adoptadas por el estado de alarma se extiende a las medidas de las fases de desescalada y de nueva normalidad. Además, se incorpora al párrafo primero del artículo 36, el inciso «siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento», el cual, como se tendrá ocasión de exponer, es de gran relevancia para la concreción de los supuestos a los que alcanza la norma. Por otro lado, se precisa que las medidas que imposibilitan el cumplimiento que deben ser atendidas son las adoptadas por las autoridades competentes. Finalmente, se incorpora la exigencia de que los bonos o vales para que puedan ser operativos en orden a solventar la situación deben ser aceptados por el consumidor.

La redacción vigente en este momento es la que tendré en cuenta en este trabajo y es la siguiente:

Artículo 36. Derecho de resolución de determinados contratos sin penalización por parte de los consumidores y usuarios.

1. Si como consecuencia de las medidas adoptadas por las autoridades competentes durante la vigencia del estado de alarma o durante las fases de desescalada o nueva normalidad, los contratos suscritos por los consumidores y usuarios, ya sean de compraventa de bienes o de prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo, resultasen de imposible cumplimiento, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato durante un plazo de 14 días desde la imposible ejecución del mismo siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento. La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes, sobre la base de la buena fe, una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato. Las propuestas de revisión podrán abarcar, entre otras, el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios al reembolso, que en todo caso quedarán sometidos a la aceptación por parte del consumidor o usuario. A estos efectos, se entenderá que no cabe obtener propuesta de revisión que restaure la reciprocidad de intereses del contrato cuando haya transcurrido un periodo de 60 días desde la solicitud de resolución contractual por parte del consumidor o usuario sin que haya acuerdo entre las partes sobre la propuesta de revisión.

2. En los supuestos en los que el cumplimiento del contrato resulte imposible de acuerdo con el apartado anterior, el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor o usuario, salvo gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor, en la misma forma en que se realizó el pago en un plazo máximo de 14 días, salvo aceptación expresa de condiciones distintas por parte del consumidor y usuario.

3. Respecto de los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo, la empresa prestadora de servicios podrá ofrecer opciones de recuperación del servicio a posteriori y sólo si el consumidor no pudiera o no aceptara dicha recuperación entonces se procedería a la devolución de los importes ya abonados en la parte correspondiente al periodo del servicio no prestado por dicha causa o, bajo la aceptación del consumidor, a minorar la cuantía que resulte de las futuras cuotas a imputar por la prestación del servicio. Asimismo, la empresa prestadora de servicios se abstendrá de presentar a cobro nuevas mensualidades hasta que el servicio pueda prestarse con normalidad, sin que ello dé lugar a la rescisión del contrato, salvo por la voluntad de ambas partes.

Me ha parecido conveniente un análisis de cómo se reguló la incidencia que sobre los contratos de consumo podía tener la pandemia desde la perspectiva que aporta el paso del tiempo que, al menos, puede contribuir a ponderar más adecuada o ajustadamente los intereses en juego.

El plan de trabajo que voy a desarrollar comienza con la delimitación del alcance de estos tres primeros párrafos del artículo mediante la descripción de los elementos que conforman el supuesto de hecho, lo que permitirá identificar precisamente la patología que se ha entendido que provoca la pandemia sobre estos contratos; a continuación, se estudiarán los remedios que se arbitran para solventarlos. Para poder hacer valoraciones finales sobre la solución normativa que, con carácter extraordinario, se ha propuesto, expondré cuál es la regulación que resultaría

La tercera y última modificación hasta la fecha procede de la disposición final 5.1 de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, pero no se aprecia ninguna modificación de los párrafos primero a tercero, pese a que dicha disposición la anuncie.

aplicable de no haberse dictado estas normas, de modo que pueda comprobarse si se ha producido una alteración de la misma y, en su caso, si es significativa y en qué se traduce.

Un sector de la doctrina ha realizado críticas muy severas a la respuesta normativa que se ha dado para los problemas suscitados en la contratación con consumidores porque entienden que se rebaja considerablemente su nivel de protección² o, en la misma línea, porque se protege principalmente al empresario³; mientras otros no han considerado que la solución ofrecida para las relaciones de consumo en estos preceptos merezca tan seria censura⁴.

A mi modo de ver, la perspectiva que ofrece el tiempo transcurrido desde el momento en que se desata la crisis sanitaria permite afirmar la imperiosa necesidad de protección del sistema económico y productivo ante la grave crisis económica producida a causa de aquella; este punto de vista pasa por atender los intereses de quienes ocupan el lado de la oferta en el mercado, es decir, los comerciantes, profesionales y empresarios. El principio de protección de los consumidores recogido en el artículo 51 de la Constitución española, acaso deba ser atemperado en base a que, en tiempos de crisis económica, no parecería razonable ofrecer normativamente un incremento del nivel de protección de los consumidores por encima del que se procura en tiempos de bonanza económica, pues tal actitud podría suponer un estímulo para la crisis económica. Para poder llegar a concluir acerca de si los tres primeros párrafos del artículo 36 protege efectivamente los intereses de los consumidores o, por el contrario, ampara en mayor medida los de los profesionales, empresarios o comerciantes, es necesario un estudio minucioso del mismo y de las normas que contiene al que procedemos a continuación.

² En esta línea se encuentra, reseñadamente, MARÍN LÓPEZ, «Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el art. 36 del RD-ley 11/2020», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII (octubre-diciembre), núm. 5, 2020, en la página 4 dice que: *La finalidad tuitiva del sistema económico es evidente*. A lo largo del trabajo expone cómo el hecho de que se establezcan requisitos para poder ejercitar la facultad de resolución que se ofrece al consumidor le perjudica considerablemente. También en esta línea se manifiesta GARCÍA RUBIO, «Medidas regladas en materia de contratos por el COVID 19 en España», *Revista de Derecho Civil*, Ensayos, vol. VII, núm. 2, 2020, p. 37.

³ TORRELLES TORREA, «La resolución de los contratos por consumidores en tiempos de pandemia. Art. 36. 1 y 2 del RD-ley 11/2020», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII (abril-junio), núm. 2, 2021, p. 102, viene a considerar que la norma protege al empresario.

⁴ GANUZA/GÓMEZ POMAR «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», *Indret*, núm. 2, 2020, critican las medidas adoptadas porque entienden que debe protegerse el tejido productivo, pero su análisis es general relativo al conjunto de medidas adoptadas en relación al Derecho de contratos; en relación a la regulación de los contratos con consumidores del artículo 36 vienen a decir en la página 575: *A pesar de que esta medida legal ha sido objeto de frontal oposición doctrinal a causa de la reducción en la protección del consumidor que supone respecto del nivel general consagrado en el TRLGDCU (y, en el caso del contrato de viaje combinado, por la Directiva 2015/2302/39), la medida no nos parece totalmente criticable en cuanto al fondo, aun y con su desafortunada y poco técnica redacción.*

2. Supuesto de hecho de la norma: la imposibilidad de ejecución de la prestación debida por el vendedor o el prestador del servicio a causa de la pandemia

Empiezo, como he avanzado, analizando la configuración que se hace del supuesto de hecho contemplado en estos tres primeros párrafos del artículo 36 del R-Dley 11/2020 y que delimita el alcance de las normas que contienen.

Relaciones de consumo. En primer lugar, en estas normas se contemplan exclusivamente contratos que puedan ser calificados como relaciones de consumo en los que, por tanto, interviene un profesional, comerciante o empresario y un consumidor conforme a las definiciones que procuran los artículos 2, 3 y 4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU). Quedan excluidos, por tanto, contratos entre particulares y contratos mercantiles.

Compraventa y servicios. En segundo lugar, el precepto se refiere en exclusiva a contratos de compraventa de bienes⁵ y contratos de servicios, incluyendo en este último caso los de tracto sucesivo, de modo que el precepto sólo es aplicable a estos tipos contractuales.

Grado de ejecución. Uno de los objetivos principales del precepto consiste en articular la devolución al consumidor de las cantidades que éste haya pagado por un contrato que deviene de imposible ejecución por parte del vendedor o prestador del servicio como consecuencia de la situación sanitaria. Puede pensarse, por ello, que está regulando únicamente contratos en los que el consumidor haya pagado todo o parte del precio⁶; sin embargo, me parece más razonable entender que el precepto alcanza también a aquellos contratos cuya ejecución no ha sido iniciada por ninguna de las partes, siempre y cuando el cumplimiento del contrato por parte del profesional sea imposible por la situación de pandemia y por las medidas legales que la misma conlleva. Es decir que, cuando el consumidor no ha abonado el precio ni total ni parcialmente, este precepto también le reconoce el derecho a la resolución del contrato, si bien no procederá la aplicación de las medidas restitutorias porque nada se ha pagado. Entenderlo de otro modo supondría admitir que, en estos casos, al no haber derecho a la resolución, las partes podrían recíprocamente exigirse el pago, siendo que, al menos, el que corresponde al profesional puede ser de imposible ejecución, lo cual carece de sentido.

Momento de perfección del contrato. En cuanto a la precisión del momento en que ha debido perfeccionarse el contrato entiendo que el precepto es aplicable a los que se concertaron sin poder tomar en consideración la situación provocada por la pandemia, ni prever sus consecuencias. Una vez que se desata la crisis sanitaria, las partes han podido y debido valorar

⁵ En este sentido, la doctrina ha precisado, entiendo que con acierto, que el precepto debería haberse reducido a los productos: REYES LÓPEZ, «Las pretendidas medidas de protección a los consumidores con motivo del COVID-19», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm 12 bis, 2020, p. 574, http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/53_M%C2%AA_Jos%C3%A9_Reyes_pp_568-581.pdf.

⁶ MARÍN LÓPEZ, *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII (octubre-diciembre), núm. 5, 2020, en las páginas 19 y 20 considera que el precepto sólo se aplica a aquellos contratos en que se ha pagado todo o parte del precio.

la posibilidad de que la prestación del servicio o la entrega del bien comprado no puedan producirse, por lo que acaso el precio sea más bajo o se hayan pactado soluciones alternativas a la prevista en esta norma sobre distribución de los riesgos. En estos casos no puede entenderse, en principio, que la falta de ejecución de la prestación se deba a la concurrencia de fuerza mayor; habrá que ver en qué casos la imposibilidad de ejecución de la prestación podrá ser imputable a la falta de previsión del vendedor o del prestador del servicio, en cuyo caso el consumidor podrá exigir daños y perjuicios; aunque en la liquidación de responsabilidad debe valorarse también la diligencia del consumidor al contratar. No obstante, dentro de este último grupo de casos que engloba los contratos celebrados con posterioridad al momento en que se desata la pandemia puede ocurrir que las partes hayan hecho las valoraciones pertinentes y lleguen a la conclusión de que esta situación no va a interferir en la ejecución del contrato y, sin embargo, el cumplimiento puede devenir imposible por alguna circunstancias que no habían podido prever, lo que vuelve a poner sobre la mesa la idea de fuerza mayor; así, puede ocurrir, por ejemplo, cuando se compra on-line material deportivo para ejercitarse en casa durante el confinamiento y la empresa productora no lo suministra al vendedor porque no da abasto para atender la creciente e imprevisible demanda. Entiendo que estos contratos están incluidos en el precepto, aunque se hayan concertado con posterioridad al momento en que se desata la pandemia, porque no se ha podido prever la dificultad que la situación sanitaria podría suponer para su cumplimiento.

Imposibilidad de cumplimiento y satisfacción de las expectativas del consumidor. El precepto, al configurar el supuesto de hecho, incluye la siguiente referencia: «resultasen de imposible cumplimiento». Creo que este es el inciso clave para la conformación del grupo de casos que deben entenderse comprendidos en el precepto y, sin embargo, interpretarlo de manera que se dote al precepto de cierto sentido resulta verdaderamente difícil.

En la redacción originaria del precepto no se concretó nada acerca del grado o sobre las características de la imposibilidad de la ejecución que debía concurrir; dicha precisión se hace necesaria posteriormente porque hay que tener en cuenta que la situación sanitaria no afecta a la posibilidad de ejecución de los contratos, impidiéndola o posibilitándola sin más, sino que hay una zona gris en la que la situación sanitaria supone sólo un impedimento transitorio para el cumplimiento por parte del empresario. Creo que esa es la razón por la que, a través de la DF 5.1 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, se incorpora al precepto un inciso que, si bien guarda relación con el plazo durante el cual puede ejercerse el derecho de resolución, como más adelante diré, contribuye también a precisar el alcance de la norma y a delinear, en algunos aspectos, la imposibilidad de cumplimiento a que se refiere el precepto. El inciso añadido es el siguiente: «siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento». Esta frase es muy difícil de interpretar, por no decir que resulta imposible cohesionarla con el resto del precepto. No obstante, creo que lo más razonable es entender que incorpora al supuesto de hecho un componente de temporalidad imprescindible para su adecuada conformación que enlaza la imposible ejecución del contrato con la idea de que hay que incluir de algún modo que se trata de una imposibilidad de cumplir cubriendo las expectativas del adquirente del bien o servicio. Se está aludiendo a la idea de que no es posible cumplir cubriendo las expectativas del consumidor y, para ello, es imprescindible un componente temporal; para que haya posibilidad de cumplir, debe ejecutarse el contrato en un período de tiempo que permita atender suficientemente la utilidad que para el consumidor tiene el bien o el

servicio adquirido; en caso contrario, hay que entender que hay imposibilidad de cumplimiento como la que recoge el precepto.

Así las cosas, pueden extraerse las siguientes consideraciones a propósito de este elemento conformador del supuesto de hecho.

En primer lugar, cabe decir que el precepto es aplicable a aquellos contratos cuya ejecución deviene definitivamente imposible; el ejemplo más claro es el de los contratos con término esencial como las flores para una celebración prevista en fechas en las que están prohibidos este tipo de eventos por haberlo decretado así las autoridades pertinentes. Hay que incluir también la mayoría de los contratos de servicios porque aquellos cuya prestación debía desenvolverse durante el estado de alarma, desescalada o nueva normalidad ya no van a encontrar ocasión de ser prestados debido a su carácter efímero. Por ejemplo, la cuota del gimnasio pagada para los meses de confinamiento domiciliario, o la academia de inglés, de baile o de violín cuyas clases no van a poder recibirse de manera presencial como se había acordado. En estos casos, la falta de ejecución del contrato por parte del empresario, comerciante o profesional será definitiva la mayor parte de las veces y su cumplimiento tardío no puede colmar las expectativas del consumidor en el contrato porque el tiempo es irrecuperable. A estos contratos les es aplicable el precepto y en relación a ellos se desencadenarán las consecuencias jurídicas previstas en el mismo.

En segundo lugar, puede afirmarse que el precepto no es aplicable a los contratos cuya posibilidad de ejecución no se ve interferida por la pandemia, como, por ejemplo, la entrega de vivienda comprada sobre plano y que debe realizarse dentro de 4 años o en un momento en que se hayan levantado las restricciones que conlleva la situación sanitaria o en los contratos de servicios que se prestan on-line y que pueden seguir ejecutándose. También la compra on-line que puede cumplirse pese a la pandemia, por ejemplo, la compra semanal con entrega a domicilio realizada por un sujeto en un supermercado on-line.

Pero, además de los supuestos anteriores, hay una zona gris con respecto a la cual se suscitan dudas interpretativas y a las que es complicado determinar si les alcanza el precepto; esta zona viene representada por aquellos contratos cuya ejecución, que debía haberse efectuado durante los estados de alarma, desescalada y nueva normalidad, se ha visto imposibilitada por las medidas adoptadas, pudiendo distinguirse a su vez dos grupos de casos:

a) Aquellos en los que el aplazamiento de la ejecución no frustra las expectativas del consumidor como, por ejemplo, la entrega de un coche nuevo en caso de que no pueda ser usado durante la etapa de confinamiento. A estos contratos no les es aplicable el precepto porque les es referible el inciso «siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento», el cual he interpretado en el sentido de que limita temporalmente el alcance del precepto en cuanto que se entiende que no habrá “imposible” ejecución del contrato cuando, transcurridos los estados de alarma, desescalada y nueva normalidad, el contrato pueda ser ejecutado por el deudor con plena satisfacción del interés del acreedor. Es decir, una imposibilidad temporal de ejecución del contrato no permite la aplicación del precepto cuando más tarde puede ejecutarse la prestación y ésta resulta de utilidad para el consumidor. En estos casos y gracias a este inciso lo único que se produce es una suspensión de

la exigibilidad de la prestación⁷; el retraso en la entrega no podrá ser considerado como mora que produzca responsabilidad por parte del vendedor o prestador del servicio. Ni que decir tiene que la suspensión temporal de la ejecución del prestador del servicio o de la entrega de la cosa conllevará la suspensión de la obligación del particular de pagar el precio si no lo ha hecho ya.

b) Por otro lado, están aquellos contratos con respecto a los cuales la pandemia no imposibilita definitivamente la ejecución –porque podría producirse *a posteriori*- pero en los que el aplazamiento de la misma frustra definitivamente las expectativas que el consumidor pueda tener en el contrato; puede pensarse, por ejemplo, en la compra de ropa para un recién nacido que, entregada más tarde, ya no cubre las necesidades del consumidor porque el bebé ha crecido –aunque este caso podría quizás equipararse al de término esencial-; también en la compra de material deportivo con intención de ejercitarse en el domicilio durante la pandemia, o en la compra de un determinado producto que quiere usarse durante el período de pandemia para mejorar una determinada habilidad o competencia. Y para estos supuestos también entiendo que está pensado el precepto⁸.

Este último punto permite remarcar que, pese a que la literalidad del precepto no recoge ningún término que explícitamente permita incorporar esta consideración, lo cierto es que para valorar la imposibilidad/posibilidad de ejecución a efectos de su aplicación, no debe atenderse sólo a criterios objetivos, sino que hay un componente subjetivo que debe considerarse y es que la ejecución debe ser posible cubriendo las expectativas del consumidor, de modo que si se ha comprado algo precisamente para su uso durante el confinamiento –juegos de mesa para compartir en familia durante el período de encierro-, y la posibilidad de cumplimiento tardío posterior a la pandemia no colma las expectativas del comprador en la adquisición, debe entenderse que se trata de un supuesto contemplado por el precepto aunque no se trate de una imposibilidad en sentido estricto y objetivo. Como digo, aunque ese componente no está explicitado directamente en el texto del precepto, hay que entender que se ha querido hacer referencia al mismo al incorporar al artículo el inciso que alude a la necesidad de que se mantengan las medidas que han impedido su cumplimiento.

Aunque la lectura que propongo –al igual que cualquier otra que se pretenda- viene dificultada por la deficiente técnica en la redacción del precepto en lo atinente al diseño del supuesto de hecho, creo que es la manera más razonable de entenderlo, sin perjuicio de que, como digo, plantea grandes incertidumbres que no ayudan a la consecución de la seguridad jurídica en momentos en que es imperiosamente necesaria.

⁷ CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, 2001, en las páginas 164 y siguientes considera que la consecuencia para la imposibilidad transitoria es la suspensión de la exigibilidad de la obligación.

⁸ Creo que este caso se plantea en la SJPI 8 de Valladolid, de 12 de enero de 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:2), en la que una consumidora que había encargado un vestido de novia, habiendo pagado la mitad del precio, reclama la devolución de dicha cantidad en base a la resolución o desistimiento del contrato; el empresario reconviene exigiendo la mitad del precio que faltaba para completar el pago, es decir, exige que se dé eficacia al contrato y se proceda al cumplimiento por parte de la consumidora. La boda estaba prevista para agosto de 2020 y alega el comerciante que la celebración puede tener lugar en tal fecha y que el vestido está ya confeccionado. No obstante, la boda se había cancelado y se alegan motivos personales relacionados con la imposibilidad de celebrar el evento con normalidad. La sentencia aplica el artículo 36 del RD-ley 11/2020 para estimar la demanda de la consumidora, decretando que se le devuelva la mitad del precio del vestido que había adelantado.

Fuerza mayor. Siguiendo con otro punto relativo a los componentes del supuesto fáctico para el que se piensa la norma, se dice en la misma que el incumplimiento debe ser: «consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma o durante las fases de desescalada o nueva normalidad». En relación a este inciso, MARÍN LÓPEZ entiende que el precepto sólo contempla como posible causa de la falta de ejecución la declaración de estado de alarma y no la pandemia; sin embargo, entiendo que debe considerarse que, pese a la literalidad de la norma, la causa que debe imposibilitar la ejecución del contrato o contratos es la pandemia. Las medidas para impedir la propagación se van fijando por ley siguiendo criterios sanitarios que, en los primeros estadios de la pandemia, no eran seguros porque científicamente no se tenían certezas sobre cómo evitar el contagio; obviamente son las medidas adoptadas las que imposibilitan la ejecución, pero la causa última es la pandemia. Es más, cuando no haya normas como el toque de queda establecido para evitar la propagación de la pandemia, pueden darse casos de imposibilidad de ejecución cuya causa sea la situación sanitaria como, por ejemplo, el contagio del profesor de clases presenciales de violín; quizás, una vez superados los estados de alarma, desescalada o nueva normalidad las normas no imposibiliten la prestación, pero pueden impedirla las medidas sanitarias –aunque no sean obligatorias por ley– para evitar el contagio y la propagación de la pandemia. Estos casos entiendo que deberían entenderse comprendidos en el precepto. Cuando se produce el cese de esos estados plasmados en las leyes y decretados por las autoridades, hay que ver en qué medida la situación sanitaria derivada de la pandemia impide la ejecución de los contratos y deberá entenderse concurrente, en su caso, fuerza mayor y/o caso fortuito si ha habido imprevisibilidad y/o inevitabilidad, y ello, aunque no haya medidas legales adoptadas por las autoridades que la impidan.

Por ello, creo que deben comprenderse las faltas de ejecución que se producen como consecuencia de la declaración de estado de alarma, desescalada o nueva normalidad a raíz de la situación sanitaria, pudiendo encajar el supuesto en el concepto de fuerza mayor que impide la prestación. También puede haber algún caso en el que las normas no impidan la ejecución y sí lo haga la situación sanitaria, por ejemplo, cierre del establecimiento educativo por contagio de los empleados una vez superadas las medidas legales; lo que ocurre es que en estos casos, a diferencia de los primeros, habrá de acreditarse la concurrencia de fuerza mayor⁹.

Del mismo modo que la concreción del resto de componentes del supuesto de hecho implica determinadas exclusiones del alcance de la norma, el conjunto de casos que quedan al margen como consecuencia de que el supuesto esté configurado por el dato de que la falta de ejecución del contrato se deba a fuerza mayor son muy significativos en orden a proceder a la categorización de la patología contemplada en base a las normas aplicables en tiempo ordinario. Y es que, si la causa de la falta de ejecución es la pandemia o la declaración del estado de alarma, desescalada o nueva normalidad que aquella conlleva, lo que es claro es que la no ejecución de la prestación no se debe ni a dolo ni a negligencia del deudor de la misma, esto es, no es imputable

⁹ GREGORACI, «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, fasc. II, 2020, pp. 455-490, si bien considera que habrá que analizar en cada caso qué es lo que constituye fuerza mayor o no, acaba reconociendo que: *es posible, pues, afirmar, que lo que en cada contrato podrá llegar a constituir fuerza mayor serán las medidas concretas adoptadas como consecuencia de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia.*

al comerciante, empresario o profesional, lo cual impide exigir responsabilidad al deudor cuya prestación no puede cumplirse.

Concluyendo este apartado, puede decirse que el precepto contempla un supuesto configurado por una serie de componentes, algunos de los cuales son muy difíciles de precisar porque la interpretación de la norma es complicada, lo que deriva en una cierta indefinición de los casos a los que estas normas son aplicables. Si se me permite la licencia, podría decirse que, en lugar de configurar el supuesto de hecho, la deficiente redacción del precepto lo desfigura. Probablemente, esta imprecisión se deba a que no se sabía muy bien en esos primeros momentos de incertidumbre generalizada qué tipo de problemas se iban a generar y tampoco la envergadura de los mismos, así que se anduvo un poco como a tientas en la oscuridad; de ahí lo difícil que resulta precisar los diferentes elementos que configuran el supuesto de hecho. No obstante, me parece importante destacar la idea de que de algún modo se inserta en dicha configuración que se trata de una imposibilidad de cumplir en cuya valoración incide la medida en que pueden cubrirse las expectativas del consumidor en el contrato.

Puede afirmarse que el ámbito predominante de aplicación de estos tres primeros párrafos del artículo 36 Real Decreto ley 11/2020 es el de los contratos de servicios –incluyendo los de tracto sucesivo–, mientras que su alcance respecto a los contratos de compraventa parece menos relevante, entre otras cosas porque es difícil que la cosa comprada no pueda, pasada la pandemia, cubrir en alguna medida las necesidades del consumidor que la adquirió.

Así las cosas, puede decirse que el supuesto de hecho de los párrafos 1 a 3 del Real Decreto ley 11/2020 consiste en un contrato de compraventa o de servicios que tiene las características propias de una relación de consumo, cuyo grado de ejecución por parte del consumidor es irrelevante –puede haber pagado total o parcialmente o no haber pagado–, y en el que la prestación de la otra parte del contrato –empresario, profesional o comerciante– deviene de imposible cumplimiento de manera definitiva o es imposible cumplirla cubriendo las expectativas del adquirente debido a la pandemia y la consiguiente declaración del estado de alarma, desescalada o nueva normalidad, en definitiva, a fuerza mayor.

3. Consecuencia jurídica de la norma: el derecho del consumidor a la resolución mediatizada del contrato

3.1. Objetivo principal: facultar al consumidor para desligarse del contrato

El artículo que se analiza ofrece el derecho de resolución del contrato como remedio para los consumidores que han adquirido bienes o han concertado la prestación de algún servicio siempre que concurran las circunstancias que se especifican en el mismo y a las que hemos hecho referencia en el epígrafe precedente; no obstante, se establecen algunos condicionantes para la efectividad de este derecho, por ello la califico de resolución “mediatizada”.

La solución por la que se opta en la norma, consistente, como digo, en ofrecer al consumidor la posibilidad de resolver el contrato, ha sido criticada por algunos autores que acentúan la necesidad de preservar el tejido productivo en una tesitura que aboca al país a una crisis

económica de enormes proporciones, poniendo de relieve que la protección -en la medida de lo posible- de la actividad económica pasa por mantener la eficacia de los contratos en curso¹⁰.

La consecuencia jurídica que establece este precepto se inspira en las soluciones que se consideran aplicables en caso de que, debido a la alteración sobrevenida de las circunstancias, se entienda conveniente dar eficacia a la cláusula *rebus sic stantibus*, implícita en todo contrato. Lo cual, de entrada, parece razonable porque la pandemia supone una alteración sobrevenida de las circunstancias absolutamente imprevisible. En efecto, la jurisprudencia ha entendido que cuando se produce una alteración significativa de las circunstancias en las que se pactó el contrato y siempre que concurren además una serie de requisitos -ruptura del equilibrio de las contraprestaciones que haga excesivamente onerosa para una de las partes su cumplimiento, desaparición de la base del negocio-, puede pretenderse una revisión del contenido del contrato y, muy excepcionalmente, puede procederse a la resolución del contrato. Estos remedios que suelen considerarse en casos de alteración sobrevenida de las circunstancias a la que desde hace tiempo aluden los Tribunales y la doctrina, se recogen en la propuesta de regulación del supuesto por el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación de 2009 que, por un lado y de manera prioritaria, contempla como consecuencia jurídica la posibilidad de pedir la revisión del contenido del contrato y, en caso de no ser posible o de que no pueda imponerse a una de las partes, propone como solución subsidiaria la posibilidad de resolución del contrato¹¹.

En el artículo 36.1 Real Decreto ley 11/2020 se invierte la jerarquía y se ofrece la resolución como remedio primario, supeditando la efectividad de la misma al fracaso de la obligatoria negociación que debe llevarse a cabo entre las partes en orden a la revisión del contenido del contrato; pero a nadie se le escapa que dicha obligación de negociación puede ser obviada por el consumidor dejando transcurrir un plazo de 60 días sin aceptar ninguna de las opciones ofrecidas por su

¹⁰ En esta línea pueden consultarse: GANUZA/GÓMEZ POMAR, *Indret*, núm. 2, 2020, pp. 571 y ss: *Parece, pues, que recurrir a la resolución y extinción de contratos no solo no se nos representa como una alternativa atractiva*. También MORALES MORENO, «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, fasc. II, 2020, dice en la página 449: *En definitiva, la resolución del contrato por incumplimiento, medida de estricta justicia conmutativa diseñada para situaciones ordinarias, es inadecuada en las actuales circunstancias en las que hay que preservar la supervivencia de los contratos*. El legislador debe, por tanto, contribuir a evitarla. Por último, GREGORACI, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, fasc. II, 2020, en la página 484: *Y así, no hay que olvidar las consecuencias adversas que puede tener la resolución de los contratos, fundamentalmente por el efecto restitutorio que, en estas circunstancias, puede comprometer la liquidez del deudor, y porque, en último extremo, podría llegar a privar al sistema económico de la red de contratos, esencial en la futura reactivación de la economía. Habría sido, por ello, conveniente el legislador hubiera decretado una desactivación generalizada de la facultad resolutoria en general y de las cláusulas resolutorias, en particular*.

¹¹ Artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación: «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato.»

contraparte¹², con el límite de la buena fe, que siempre debe presumirse concurrente y cuya ausencia es tan complejo acreditar.

De modo que este precepto –el art 36.1 RD ley 10/2020- está ofreciendo la resolución del contrato mediatizada por la exigencia del cumplimiento de una serie de presupuestos cuya concurrencia depende casi exclusivamente de la voluntad del consumidor y del paso del tiempo. Para remachar esta apreciación, se añade a la redacción original del precepto –a través del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio- el inciso de que los bonos o vales sustitutorios quedarán sometidos a la aceptación por parte del consumidor, el cual, por lo tanto, podrá rechazarlos.

La verdadera dimensión del remedio que se ofrece se advierte si se centra la atención sobre el sujeto a quien se reconoce legitimación para activar la resolución. En la propuesta de la Comisión General de Codificación –que recoge la doctrina vertida sobre la cláusula *rebus sic stantibus*-, al proponer una regulación para la alteración sobrevenida de las circunstancias se permite activar los remedios al sujeto a quien no sea razonable exigir que permanezca sometido al contrato, sin perjudicar cuál pueda ser este sujeto. En contraste con esta propuesta y con la doctrina vertida en torno a esta cláusula, en la regulación que contiene el artículo 36.1 Real Decreto ley 10/2020 nos encontramos con que se atribuye, en exclusiva, la posibilidad de resolver al consumidor, perjudicando que es este sujeto quien va a resultar perjudicado por la situación sanitaria y a quien debe permitirse que se desvincule del contrato; se desprecian los casos en los que el desequilibrio generado perjudique al comerciante y se obvia su legitimidad para exigir la eficacia del contrato en los términos en que fue pactado en aquellos casos en los que dicho desequilibrio no se genere o no perjudique al consumidor. Además, hay que tener en cuenta que habrá que admitir, como consecuencia colateral de la existencia de este precepto que la regulación de este supuesto tal y como está formulado va a impedir al comerciante, profesional o empresario que ha contratado con el consumidor ejercitar la acción de revisión del contenido del contrato o de resolución en base a la cláusula *rebus sic stantibus* ante las circunstancias que provoca la pandemia.

Estas consideraciones, además de ser un apoyo para confirmar que no se está regulando en este precepto un supuesto de cláusula *rebus sic stantibus* como más adelante seguiré argumentando, ponen de relieve de manera patente que se ha querido proteger al consumidor sin entrar a realizar ninguna otra valoración que responda a criterios de justicia conmutativa en el contrato, ofreciéndole la posibilidad de desvincularse, de dejar sin efecto el contrato incumplido o que puede cumplirse de manera que no cubre sus expectativas, con independencia de si la pandemia genera efectivamente un desequilibrio que le perjudique. Esta es la razón por la que puede calificarse esta norma como protectora de los consumidores, porque la ley da por sentado que la pandemia le perjudica solventando a su favor el hipotético desequilibrio que entre las prestaciones pueda darse, despreciando -como digo- los casos en que dicho desequilibrio o bien no se produzca o bien, de darse, pueda perjudicar al comerciante, empresario o profesional.

La norma, insisto en ello, va encaminada a ofrecer una salida del contrato a los consumidores, legitimándoles para resolverlo; en esta ocasión, la revisión del contrato es un remedio subsidiario al de la extinción del contrato. En realidad, puede apuntarse que el hecho de que para la

¹² MARÍN LÓPEZ, *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII (octubre-diciembre), núm. 5, 2020, p.23.

conformación del supuesto de hecho pueda entrar a valorarse que hay incumplimiento cuando, siendo viable la ejecución del contrato, este no satisface plenamente las expectativas del consumidor, permite establecer una cierta conexión de la resolución prevista en este precepto con la facultad de desistimiento; sin embargo, no puede identificarse con dicha institución pues para la resolución del art. 36 es menester el incumplimiento en uno u otro grado¹³.

En definitiva, el precepto otorga una facultad resolutoria, pero mediatizándola con la exigencia de una serie de presupuestos para su efectividad, que, en base a su formulación literal parecen no depender en exclusiva de la voluntad del consumidor, pero que, en realidad sólo dependen de ella y del paso del tiempo. Estas exigencias que mediatizan la resolución se redactan también de modo impreciso, lo que genera problemas interpretativos de entidad y de muy difícil solución que se abordan a continuación.

3.2. Plazo de prescripción de la acción para ejercitar la resolución

El primero de los presupuestos necesarios para el ejercicio de la facultad de resolución es que debe ejercerse en un plazo de 14 días¹⁴, plazo que coincide con el general para el desistimiento del artículo 71 del TRLGDCU. En efecto, quizás se aprecia aquí esa voluntad de permitir en la medida de lo posible a los consumidores dejar sin eficacia los contratos cuando el cumplimiento del mismo, dadas las circunstancias generadas por la situación sanitaria, o bien es imposible –lo que será más frecuente en los contratos de servicios– o bien no puede colmar sus expectativas teniendo en cuenta el período en que puede cumplirse –lo que se dará más propiamente en los contratos de compraventa de bienes–. Y, precisamente, este plazo de 14 días podría revelar, por su coincidencia con el de desistimiento, que se ha querido solventar el problema permitiendo al consumidor desvincularse del contrato si esa era su voluntad, aunque luego se exijan una serie de presupuestos de manera, digamos, poco precisa. Por ello, quizás, no sean tan atendibles las consideraciones que afirman que se rebaja el nivel de protección del consumidor porque se reduce el plazo de la acción de resolución de 5 años del artículo 1124 del Código civil a 14 días. Entiendo que este plazo corto de 14 días está ordenado a procurar una solución ágil y rápida para el consumidor.

Resulta complicado precisar el *dies a quo* de dicho período de 14 días generándose una inseguridad jurídica notable al respecto. El precepto literalmente lo fija *en el momento de imposible ejecución del contrato*. Ese momento puede coincidir con el inicio de la pandemia, la declaración de estado de alarma, desescalada o nueva normalidad, incluso puede ser el momento en que debía cumplirse el contrato y no se cumple.

¹³ Esta cercanía con el desistimiento se aprecia en la sentencia que se ha dictado en aplicación de este precepto por parte del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid (sección 8) de 12 de enero de 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:2), en la que la consumidora demandante reclama la resolución o el desistimiento de un contrato por el que había encargado un vestido de novia para la celebración de un enlace que finalmente se cancela. Y dichos conceptos aparecen mezclados a lo largo del pronunciamiento.

¹⁴ Este período de 14 días puede resultar afectado por la suspensión de los plazos de prescripción o caducidad que impone la Disposición Adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y que tiene lugar hasta el día 4 de junio de 2020 (art. 10 del RD 537/2020), sin perjuicio de que pese a la suspensión pueda operarse la resolución por vía extrajudicial en durante el período de suspensión.

A mi modo de ver, en este punto creo que debe entenderse que el *dies a quo* debe coincidir con el momento de la imposible ejecución del contrato, esto es, con el *día en que se adquiere certeza de que el contrato no se va a poder ejecutar a plena satisfacción del consumidor*. Ese momento, en algunos casos, será muy claro y, en otros, no tanto. Así, por ejemplo, cuando se decreta el confinamiento de la población o el cierre de determinadas actividades como la de los gimnasios o las academias de idiomas, se puede fijar sin problema el momento en que la ejecución deviene imposible.

Pero, en otros casos, casi todos referidos al contrato de compraventa, la incertidumbre sobre la evolución de la pandemia y las restricciones que es menester adoptar para prevenir los daños que puede causar pueden dificultar la fijación de ese momento. Algunos autores consideran como *dies a quo* el día de cumplimiento fijado en el contrato si en ese momento el vendedor o prestador no cumple¹⁵. Sin embargo, tal consideración no es compatible con la idea de que el precepto no debe aplicarse a los contratos susceptibles de cumplimiento tardío *que satisfagan plenamente las expectativas del consumidor* una vez que se hayan superado los estados de alarma, desescalada o nueva normalidad que imposibilitaron temporalmente su cumplimiento.

Creo que la literalidad del inciso que fija el *dies a quo* debe ser respetada y, por lo tanto, concretarse su fijación en el día en que se adquiera certeza acerca de la imposibilidad de ejecución definitiva del contrato por parte del vendedor o prestador del servicio debido a la pandemia y a las restricciones que conlleva.

No obstante, hay una circunstancia que debe matizar las consideraciones que acabo de realizar referidas a aquellos supuestos en los que la pandemia provoca la imposibilidad de ejecución en sentido estricto. Hay que recordar que la imposibilidad de la ejecución debe atender, no sólo a si la prestación es viable en base a criterios objetivos, sino a la medida en que dicho cumplimiento satisface el interés del consumidor. En estos casos, este componente incorpora una seria incertidumbre para la fijación del *dies a quo*; en efecto, como he dicho, la valoración de la posibilidad/imposibilidad de la prestación debe conjugar la posibilidad/imposibilidad objetiva con la satisfacción del interés del acreedor, en este caso, el consumidor. ¿Cuándo se produce la insatisfacción del interés del consumidor? Es un momento que, probablemente, no sea fácil de precisar, pero en el que el sujeto afectado parece que puede tener algo que decir. Es más, incluso podría llegar a valorarse que, en ciertos casos, el ejercicio de la facultad de resolver –adquisición de juegos de mesa o de mancuernas para usar durante el confinamiento– permite evidenciar que la ejecución de la prestación ya no puede producirse cubriendo las expectativas del consumidor. Y a esta idea entiendo que responde el inciso que se incorpora al precepto a través de la DF 5.1 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio y que dice así: «siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento»; con toda probabilidad este inciso significa que, si el consumidor no ha ejercitado la resolución antes de ese momento, ya no puede exigirla, porque ya no puede pretender que la ejecución no colma sus expectativas.

¹⁵ MARÍN LÓPEZ, *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII (octubre-diciembre), núm. 5, 2020, p. 17 considera que empieza a contar desde que, llegada la fecha pactada de cumplimiento, no se procede a la ejecución de la prestación debida por el vendedor.

Todo lo dicho no impide que las partes del contrato, ante la imposibilidad inmediata de ejecutar el contrato, procedan de mutuo acuerdo a su extinción antes de que se alcance la certeza absoluta sobre la imposibilidad de ejecución del contrato de manera que satisfaga al consumidor.

Por todo lo expuesto, no habiendo certeza acerca de la imposibilidad de la ejecución con plena satisfacción para el consumidor, si éste la ejercita, el comerciante o profesional puede oponerse a reconocerle efectividad porque no se daría el presupuesto de “imposible cumplimiento” y el consumidor no estaría legitimado para resolver, de modo que no podría haber empezado a correr el plazo de 14 días. Entiendo que la defensa del comerciante puede basarse en que, por un lado, no concurre imposibilidad objetiva de ejecución del contrato y, en segundo lugar, en que la prestación aún puede resultar útil al consumidor.

3.3. La obligación de negociación

La efectividad de la resolución depende de que, en un período de 60 días posteriores al ejercicio de dicha facultad, las partes no lleguen a un acuerdo sobre la reconfiguración del contrato.

Dentro de estas propuestas de revisión del contrato se sugiere por el precepto el ofrecimiento por parte del vendedor de vales o bonos al consumidor por la cantidad entregada por éste en cumplimiento de las obligaciones que para él se derivan del contrato¹⁶. Estos vales o bonos pueden ser aceptados por el consumidor, de modo que éste no está obligado a recibirlos.

Las dos partes deben aceptar el contenido reconfigurado del contrato, de manera que, si el consumidor no quiere aceptar ninguna de las opciones que en este sentido le ofrece el vendedor o el prestador del servicio, deberá esperar 60 días, a partir de los cuales se computarán los 14 días de plazo que el párrafo segundo ofrece al vendedor o prestador del servicio para reembolsar el precio al consumidor.

Por lo tanto, la consecuencia jurídica que establece el precepto es una resolución mediatizada en el sentido de que se establece un período en el que las partes deben negociar para intentar una reconfiguración del contenido del contrato que mantenga su eficacia. El precepto invoca la buena fe con la que las partes deben conducirse en el curso de dicha negociación, exigencia que establece algún límite a la voluntad del consumidor de resolver el contrato, pues debería intentar salvar el contrato y darle eficacia –principio conservación del negocio jurídico–.

¹⁶ En cuanto a la consideración que hay que dar a estos bonos, por un lado, MARÍN LÓPEZ, *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII (octubre-diciembre), núm. 5, 2020, en la página 14, entiende que la entrega de un vale supone que se ha procedido a la resolución y el vale o bono representaría la restitución del dinero pagado por el consumidor, pero que, en lugar de entregar la cantidad de dinero, se entrega un vale que puede usarse cuando se celebre un nuevo contrato entre las partes. Sin embargo, para GANUZA/GÓMEZ POMAR, *Indret*, núm. 2, 2020, p. 576, aunque lo dice en relación a los bonos contemplados en el párrafo 4 para los viajes, creo que su apreciación es trasladable a los bonos o vales mencionados en el primer párrafo del artículo: *Cabe, con todo, mantener la idea del bono como instrumento para preservar el contrato remitiendo a un momento posterior el cumplimiento de la prestación específica hotelera o de transporte, sin forzar al consumidor necesariamente a financiar a la contraparte contractual si no puede o no quiere.*

3.4. Los efectos restitutorios

Los párrafos segundo y tercero del precepto precisan las consecuencias de la resolución. En el párrafo segundo, que resultaría de aplicación a los contratos de compraventa y a los de prestación de servicios de tracto único, se dispone que el empresario tiene obligación de devolver las sumas entregadas por el consumidor en cumplimiento del contrato, si bien puede descontar los gastos que el cobro de esas cantidades le haya podido acarrear; el plazo para el reembolso es de 14 días desde que la resolución adquiere eficacia. La devolución se hace en la forma pactada por las partes o, en su defecto, del modo en que se procedió al pago por parte del consumidor.

Si se trata de un contrato de servicios de tracto sucesivo, el precepto distingue el tratamiento que debe darse a las cantidades que el consumidor ya ha abonado y no ha podido disfrutar y a las cuotas no pagadas que corresponden a períodos futuros de disfrute.

El destino del precio ya *pagado por períodos que no ha podido disfrutar por la pandemia*, depende en exclusiva de la voluntad del consumidor que puede elegir si se le reembolsa el dinero, si lo ya pagado y no disfrutado se aplica a períodos posteriores a la situación de pandemia o, por último, si lo ya pagado, se usa para reducir cuotas futuras si el contrato sigue siendo eficaz.

En cuanto a las cantidades aún no pagadas que se deban por períodos posteriores a la situación de pandemia o durante el período en el que la pandemia y las restricciones que conlleva impiden prestar el servicio, la empresa no debe cobrarlas sin que eso suponga la “rescisión” del contrato, dice impropiaemente el precepto. La empresa no debe cobrar nuevas cuotas porque la ejecución del servicio durante el tiempo de pandemia es imposible. Lo que encaja plenamente en la descripción del supuesto de hecho realizada en el epígrafe anterior. El hecho de no poder cobrar cuotas por períodos en los que no se puede prestar el servicio no significa que el contrato se haya extinguido. El precepto dice que la extinción del contrato superada la pandemia sólo tendrá lugar por voluntad de ambas partes. En este sentido, el precepto es coherente con el hecho de que en materia de servicios se admita el desistimiento unilateral por cualquiera de los sujetos, particularmente por el consumidor por reconocérselo así, la doctrina, la jurisprudencia y el artículo 62 TRLGDCU.

En cuanto a los efectos restitutorios, debe tenerse en cuenta que el consumidor tiene derecho a que se le reintegren las cantidades que ha pagado «salvo gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor».

En este punto, la norma ofrece una solución razonable puesto que el derecho a la resolución del contrato por una falta de ejecución no imputable al vendedor o al prestador del servicio es suficiente protección de los intereses del consumidor, cuyo ejercicio puede perjudicar considerablemente los intereses del vendedor o prestador del servicio sin que éste haya incurrido en negligencia, dolo, ni mora; por ello me parecería excesivo que el vendedor o el prestador del

servicio tuvieran que asumir la pérdida de ingresos que supone la resolución y, además, deban hacerse cargo del coste de los gastos que tal devolución pueda generar¹⁷.

El artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores recoge el derecho del comprador a recuperar todo el precio pagado en un caso en el que el vendedor, requerido de cumplimiento, no entrega la mercancía, es decir, es un supuesto en el que el vendedor, al menos se encuentra en mora, e incluso puede tratarse de un incumplimiento imputable al vendedor por dolo o negligencia; supuestos estos que, en modo alguno, coinciden con el establecido en el artículo 36 del RD en el que ningún retraso ni falta de ejecución es imputable al vendedor o prestador del servicio. Por otro lado, el artículo 16.3 de la Directiva (UE) 2019/771 está regulando los casos de falta de conformidad que la norma imputa al vendedor de modo que tampoco el tratamiento normativo es trasladable al del caso contemplado en los tres primeros párrafos del artículo 36 RD-ley.

4. Categorización del supuesto de hecho y consecuencias jurídicas que resultarían de aplicación en tiempo ordinario

Para valorar adecuadamente el precepto objeto de estudio, debe considerarse cuál sería en tiempo ordinario la regulación del supuesto de hecho que contempla. A tal fin es necesario categorizar el supuesto cuyos perfiles se han dejado delimitados en el primer epígrafe de este estudio en la medida en que la defectuosa redacción del precepto lo permite, recurriendo a los supuestos del Código civil y del TRLGDCU en los que el vendedor o el prestador del servicio no pueden ejecutar su prestación por causa que no les sea imputable. Así, debe estudiarse la regulación específica de la compraventa y, para el caso de los contratos de servicios, al no haber normativa concreta que les sea referible, debe atenderse a lo que los Tribunales suelen disponer en estos casos y a lo que la doctrina entiende pertinente. También habrá que considerar los supuestos contemplados en la parte general del Código civil y seguir argumentando en la dirección ya apuntada en el sentido de la dificultad que presenta encajar la regulación ofrecida como si fuera un caso de alteración sobrevenida de las circunstancias al que sea referible la cláusula *rebus sic stantibus*.

Primeramente, hay que excluir la posibilidad de subsumir el supuesto del artículo 36 en aquellas patologías contractuales que tienen su origen en el propio producto, como los vicios ocultos o la falta de conformidad; tampoco procede valorar la evicción pues no se trata de que al consumidor le priven del bien comprado una vez que se le ha entregado y lo ha poseído. No estamos ante un problema en torno al bien adquirido o a la pacífica titularidad del derecho de propiedad que sobre

¹⁷ En contra de esta opinión y desde una perspectiva que atiende exclusivamente los intereses de los consumidores, MARÍN LÓPEZ, *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII (octubre-diciembre), núm. 5, 2020, pp. 20-21 considera que el consumidor debería recuperar toda la cantidad pagada.

el mismo adquiere el comprador-consumidor. En el caso de los contratos de servicios no se trata de un supuesto de incumplimiento del contrato imputable al prestador del servicio que incurra en negligencia, dolo o morosidad.

4.1. ¿Podría ser un caso de alteración sobrevenida de las circunstancias que permita dar relevancia a la cláusula *rebus sic stantibus*?

Algunas de las expresiones usadas en la redacción del artículo 36 evocan, como ya he dicho, el supuesto de alteración sobrevenida de las circunstancias en el que hay que dar relevancia a la cláusula *rebus sic stantibus* que se entiende implícita en todo contrato. Se suele entender necesario, para aplicar los remedios vinculados a esta cláusula, además de una sobrevenida alteración de las circunstancias de manera imprevisible y extraordinaria –como sería sin duda alguna la pandemia que aún asola el mundo-, la concurrencia de una serie de requisitos como la desaparición de la base objetiva del negocio de manera que el cumplimiento del contrato se convierta en desmesuradamente oneroso o inasumible para una de las partes.

Esta cláusula, aunque carece de regulación general en Derecho español, ha venido siendo estudiada por la doctrina y considerada por los Tribunales desde hace tiempo¹⁸; además, se ha propuesto su regulación en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos a la que ya he hecho referencia. Los últimos años ha sido una materia objeto de especial atención por parte de la doctrina jurídica porque, pese a carecer de apoyo normativo, se han dictado algunas sentencias que representan serios esfuerzos jurisprudenciales tendentes a su revitalización desde la crisis económica del 2008¹⁹, tendencia a

¹⁸ Puede citarse la STS 306/1986, Civil, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:1986:8324) que entiende que en ese caso no es aplicable la cláusula *rebus sic stantibus* y que cita otras sentencias anteriores del Tribunal Supremo: «También ofrece interés para la cuestión debatida recordar el aserto apodíctico de que el contrato es fuente de obligaciones, que han de cumplirse con arreglo a lo convenido (artículos 1.255 y 1.278), siempre con adecuación a las pautas de la buena fe (artículos 7 y 1.258); y si bien por aplicación de una implícita cláusula *rebus sic stantibus* o de la teoría de la presuposición y base del negocio cabe que una profunda alteración de las circunstancias, operante como un aleas anormal, pueda conducir a la resolución del vínculo obligatorio o a su acomodación a los nuevos módulos económicos, por defecto de la base negocial y haber sido roto el equilibrio de las prestaciones por esa imprevisible mutación fáctica, la jurisprudencia, además de advertir sobre la cautela con que tal posibilidad debe ser acogida -sentencias de 31 de marzo de 1960, 31 de octubre de 1963, 15 de marzo de 1972 y 9 de mayo de 1983, entre otras-, para evitar que a su sombra los organismos jurisdiccionales creen una convención distinta a la libremente pactada por los interesados -sentencias de 26 de marzo de 1963-, tiene puntualizado repetidamente que los elementos condicionantes de tal facultad de modificar el contrato, han de consistir en una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento del cumplimiento en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, que tal cambio origine desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes, y además que todo ello acontezca por la sobrevenida aparición «de circunstancias radicalmente imprevisibles y que se carezcan de otro medio para salvar el perjuicio sufrido» -sentencias de 17 de mayo de 1957, 6 de junio de 1959, 15 de marzo de 1972 y 27 de junio de 1984-.»

¹⁹ Se genera en un período relativamente corto un importante volumen de sentencias del Tribunal Supremo sobre la cuestión, pudiendo citarse, entre otras, la STS 240/2012, Civil, de 23 de abril (ECLI:ES:TS:2012:2866) o la STS 309/2013, Civil, de 26 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2247). Además de las siguientes: STS 243/2012, Civil, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2012:2868), STS 369/2012, Civil, de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2012:4408), STS 644/2012, Civil, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:9188), STS 820/2013, Civil, de 17 de enero (ECLI:ES:TS:2013:1013), STS 807/2012, Civil, de 27 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8996), STS 820/2013, Civil, de 17 de enero (ECLI:ES:TS:2013:1013), o la STS 822/2013, Civil, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2013:679).

la que se suma cierto sector de la doctrina española favorable a su regulación²⁰. No obstante, aunque –como digo– se han dictado algunas sentencias que claramente se han manifestado a favor de la aplicación de esta cláusula y los remedios asociados a la misma –modificación del contrato o extinción– para cuando se produce una alteración sobrevenida de las circunstancias que haga desaparecer la base del contrato, lo cierto es que un gran número de ellas optan por no aplicar dicha cláusula²¹ o, si la aplican, no se decantan por considerar que esta vía permita la extinción del contrato, optándose en la mayoría de ocasiones por una reintegración del contenido de la relación contractual que restaure el equilibrio entre las prestaciones que recíprocamente corresponde intercambiar a los contratantes²².

A la consideración de la influencia que en el contenido del contrato y en su eficacia pueda tener la alteración sobrevenida de las circunstancias se opone la aplicación del principio *pacta sunt servanda*. Además, tras las sentencias que apostaban por la solución de los casos tomando en consideración la cláusula *rebus sic stantibus* para reconfigurar el contenido del contrato, se han dictado resoluciones posteriores que matizaban esta afirmación y cuestionaban en cierta medida la aplicación a casos similares de una solución vinculada a dicha cláusula²³.

Es evidente que, entre los supuestos que podrían encontrar solución tomando en cuenta la presencia de la cláusula *rebus sic stantibus* y el caso que regula el artículo objeto de este estudio, hay concomitancias, pero creo que puede afirmarse que el supuesto de hecho del precepto no puede albergar un caso al que sea referible dicha cláusula por lo que expongo a continuación²⁴.

²⁰ El principal valedor de esta postura es el profesor ORDUÑA MORENO que ha publicado sobre el particular: *La moderna configuración de la cláusula "rebus sic stantibus" (tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura)*, en colaboración con MARTÍNEZ VELENCOSO, 2017; también ha publicado *Cláusula rebus y modernización del derecho contractual, tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, Francis Lefebvre, 2020.

²¹ Pueden citarse en este sentido: STS 41/2019, Civil, de 22 de enero (ECLI:ES:TS:2019:134) y la STS 452/2019, Civil, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2556).

²² Mención aparte merecen la STS 333/2014, Civil, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2823), en la que se propone que se abandone la excepcionalidad en la aplicación de la cláusula para que la misma pase a verse como un remedio normal y habitual y la STS 591/2014, Civil, 15 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:5090). Estas dos sentencias toman en consideración la cláusula para proceder al reequilibrio mediante una modificación de los contratos; en ninguno de los dos casos se opta por la resolución.

²³ En esta línea pueden citarse la STS 19//2019, Civil, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2019:57). Por su parte, la STS 214/2019, Civil, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1148), considera que una crisis económica no debe considerarse como una circunstancia sobrevenida e imprevisible que dé pie a la aplicación de la cláusula, de modo que no puede introducirse en el vínculo contractual para alterar las condiciones del contrato. Además, la STS 156/2020, Civil, de 6 de marzo (ECLI:ES:TS: 2020:791), matiza la doctrina de recientes sentencias dictadas por la misma Sala, afirmando que la cláusula no se puede invocar en contratos de corta duración, sino que es para contratos de tracto sucesivo o con una duración amplia.

A raíz de la pandemia se ha instado por algunos comerciantes la aplicación de esta cláusula para reducir la renta por el alquiler de locales de negocio y la jurisprudencia de los tribunales menores está, en algunos casos, admitiendo esta posibilidad, aunque esto queda al margen de este estudio. Puede citarse en este sentido, entre otras, la SJPI 20 de Barcelona, de 8 de enero de 2021. Además, por Auto 424/2020, de 23 de diciembre, el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Barcelona, entre las medidas cautelares adoptadas, aprobó una reducción de la renta a cero durante el período en que la actividad hostelera estuvo prohibida durante el estado de alarma. También se había aplicado esta cláusula en relación a alquileres comerciales en la sentencia de 11 de agosto de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cáceres (Sentencia núm. 94/2020).

²⁴ GARCÍA RUBIO, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 2, 2020, p. 37 considera que la norma puede alcanzar este tipo de casos.

Para la aplicación de los remedios que suelen entenderse aplicables cuando debe darse eficacia a esta cláusula, como he dicho, es necesario que se produzca, además, un desequilibrio contractual importante que haga excesivamente onerosa la prestación para una de las partes. El artículo que estoy analizando también parece hacer referencia a ello porque, cuando establece la consecuencia jurídica, dispone que las partes, cuando negocien en el período de 60 días establecido al efecto, deben encontrar una solución *que restaure la reciprocidad de intereses del contrato*, por lo que parece tenerse presente la ruptura del equilibrio de las contraprestaciones. Esto permite confirmar que, en efecto, se ha regulado la patología que en las relaciones contractuales provoca la pandemia teniendo como orientación la cláusula *rebus sic stantibus*; sin embargo, es obvio que en el supuesto de hecho del precepto objeto de análisis no se incorpora como componente la generación de un desequilibrio contractual que haga inasumible para el consumidor –a quien se le reconoce legitimación para activar el remedio- el cumplimiento del contrato.

El supuesto de los tres primeros párrafos del artículo 36 del Real Decreto ley 11/2020 está resolviendo la imposibilidad de cumplimiento por parte del comerciante debido a la pandemia y, contrariamente a lo que sería esperable, se reconoce legitimación para resolver a la otra parte, al consumidor, aunque éste haya cumplido total o parcialmente lo que le incumbe. Por ello puede afirmarse que, aunque se esté contemplando un problema con algunos componentes que encajan en el supuesto de hecho típico de cláusula *rebus sic stantibus*, dicho supuesto no responde exactamente a dicho tipo y, además, no se ha proporcionado una solución desde la perspectiva de esta institución, la cual requeriría legitimar a la parte del contrato a quien la alteración sobrevenida le generara tal desequilibrio que no se le pudiera exigir cumplir. Aquí la solución se ofrece a quien sí puede cumplir y en contra del sujeto a quien le resulta complicado o imposible cumplir satisfactoriamente sus obligaciones.

Como he dicho anteriormente, se ha querido asegurar al consumidor la posibilidad de la extinción del contrato sin que sea necesario entrar a realizar ninguna valoración sobre si la situación genera un desequilibrio que le perjudique o que dificulte considerablemente el cumplimiento por su parte –lo que aleja el supuesto de hecho del art. 36 del molde típico de la cláusula *rebus sic stantibus*-; se le da la opción de dejar sin eficacia el contrato cuando en realidad el supuesto se refiere a la imposibilidad de ejecución por parte del comerciante. Yendo más lejos, tampoco está pensando la norma en aquellos casos en que esa imposibilidad suponga al empresario un desequilibrio importante que haga desaparecer la base del negocio jurídico que es el contrato; más bien al contrario, la existencia de esta norma le impediría ejercitar los remedios vinculados a la cláusula *rebus sic stantibus*, llegado el caso.

4.2. Imposibilidad sobrevenida

Comprobar si el supuesto de hecho contemplado en el artículo objeto de estudio responde a alguna categoría recogida en el Código civil es bastante complicado porque éste no regula de manera estructurada los supuestos en los que el contrato deja de ejecutarse.

Para empezar con esta complicada labor, no debe ignorarse el hecho de que la falta de ejecución de la obligación por parte del vendedor o del prestador del servicio no le es imputable, sino que se debe a fuerza mayor. Si se da relevancia a dicha circunstancia se entabla fácilmente correlación

entre este supuesto y el de la imposibilidad sobrevenida de la prestación a que alude en numerosos preceptos el Código civil, como en el artículo 1096²⁵.

La cuestión es que, a partir de dicho precepto, la regulación de la imposibilidad sobrevenida por nuestro Código civil se concentra únicamente en uno de los posibles supuestos que es el perecimiento o destrucción de la cosa debida, lo que puede comprobarse, por ejemplo, en los artículos 1182 y 1156.

Sin embargo, los estudiosos ensanchan el supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación para incluir la dificultad extraordinaria de cumplimiento, que se asimila, por tanto, a aquellos casos en los que el deudor no puede cumplir por perecimiento de la cosa debida, y entre los cuales, DIEZ-PICAZO incluye, lamentando que nuestro Código no la haya regulado, concretamente, este ejemplo: *¿sería lícito entonces obligar al deudor a entregar la cosa en la ciudad asolada por una epidemia?*²⁶. En estudios específicos sobre la cuestión, también se reconoce por la doctrina que la imposibilidad es un concepto más amplio que *no sólo comprende en su seno aquellos casos en que el objeto se destruye en un sentido físico o material, sino que alude también a esas otras situaciones en que la obligación sigue siendo susceptible de un cumplimiento material, pero existen razones o circunstancias que impiden que ese comportamiento se desarrolle, o lo hacen antijurídico*²⁷. Así, deben englobarse en la imposibilidad sobrevenida no sólo aquellos supuestos en que la cosa se destruye, sino también cuando queda fuera del comercio de los hombres o desaparece de modo que se ignora su existencia o no se puede recuperar, además –lo que es más relevante para el objeto de estudio- de aquellos supuestos en los que al deudor le resulta imposible el cumplimiento de la prestación por fuerza mayor o caso fortuito.

Por lo dicho y como punto de partida, el supuesto de hecho contemplado en los tres primeros párrafos del artículo 36 Real Decreto ley 11/2020 puede identificarse como un caso de imposibilidad sobrevenida y estudiarse desde la óptica que ofrece dicha consideración.

No obstante, cabe preguntarse hasta qué punto encaja en el concepto de imposibilidad sobrevenida de la prestación atendido, siquiera parcialmente, en el Código civil, el supuesto de hecho del precepto objeto de análisis. He dicho que éste contempla una imposibilidad de cumplir que puede ser absoluta, la cual sí es claramente asimilable a la recogida en el Código civil y también contempla una imposibilidad de cumplir durante un período de tiempo en el que el consumidor pueda extraer la utilidad pertinente de la prestación que se le debe; esta segunda imposibilidad que atiende a si se colman o no las expectativas del consumidor en un período concreto que entiendo comprendida en este precepto no encaja tan claramente en la idea de imposibilidad recogida en el Código civil. No obstante, puede contrastarse al menos la primera con lo previsto en el Código civil.

²⁵ En relación a la similitud entre el supuesto regulado en el artículo 36. 1 y 2 del RD-ley 11/2020 y la imposibilidad sobrevenida cabe destacar el trabajo de Esther TORRELLES TORREA, “La resolución de los contratos por consumidores en tiempos de pandemia. Art. 36. 1 y 2 del RD-ley 11/2020”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm 2 (abril-junio 2021). <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/635>, página 106.

²⁶ DIEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª edición, 2001, p.193.

²⁷ CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 41.

La consecuencia jurídica que nuestro Código civil dispone, por aplicación de los artículos 1156 y 1182 del Código civil, para el perecimiento de la cosa, esto es, para la imposibilidad sobrevenida, es la extinción de la obligación que deviene imposible²⁸.

Cuando la obligación aquejada de imposibilidad sobrevenida es unilateral no hay problema en aceptar, como consecuencia jurídica, la extinción de la obligación que deviene imposible, pero los supuestos contemplados en el artículo 36 se refieren a obligaciones sinalagmáticas, en cuyo caso, es problemático precisar qué ocurre con la obligación correspectiva a la que se extingue. En definitiva, se trata de determinar, si conforme al régimen ordinario del Código civil, el comprador y prestatario del servicio deberían perder el precio que ya han pagado -siendo que el bien comprado o el servicio no se puede entregar ni prestar definitivamente a consecuencia de la pandemia y de las medidas adoptadas- o si, por el contrario, pueden reclamar la devolución de las cantidades abonadas en concepto de precio.

Nuestro Código civil no establece la consecuencia jurídica que debe anudarse a dicho supuesto con alcance general, pero sí está contemplada específicamente para la compraventa. De modo que, en el análisis del artículo 36 Real Decreto ley 11/2020, debemos diversificar el estudio en cuanto que, para la compraventa, debe atenderse a la regulación específica aplicable a la misma, mientras que, para el contrato de servicios, debe acudir a lo que la doctrina y la jurisprudencia han entendido conveniente en base a la regulación general de las obligaciones y contratos.

a. Contrato de compraventa

En lo que respecta a la compraventa, la regulación de los riesgos –perecimiento de la cosa después de perfeccionado el contrato y antes de su entrega al comprador- se contiene en el artículo 1452 del Código civil. La interpretación de este precepto es muy controvertida, pudiendo distinguirse dos líneas de pensamiento.

Por un lado, se considera que esta norma debe interpretarse en el sentido de que, no siendo imputable al vendedor el perecimiento de la cosa debida, los riesgos debe soportarlos el comprador; todo ello por aplicación de los artículos 1096 y 1182 a los que remite el precepto. El artículo 1096 dispone, en su párrafo tercero, que serán de cuenta del deudor de la obligación de dar cosa determinada los casos fortuitos hasta que se realice la entrega si está constituido en mora o se ha comprometido a entregar la misma cosa a varias personas. *A sensu contrario*, puede derivarse del precepto la idea de que, de no haberse constituido en mora o de no haberse comprometido a entregar la misma cosa a varias personas, los casos fortuitos serán de cuenta del acreedor. El artículo 1182 decreta la extinción de la obligación.

Según esta tesis, de no haberse previsto el artículo 36, el comprador de un producto debía haber perdido el precio pagado o incluso, si no lo había pagado, podía serle reclamado. Esta interpretación parece acorde a precedentes históricos y al hecho de que correspondan al

²⁸ CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 222 reconoce que la diferencia entre el incumplimiento y la imposibilidad sobrevenida radica en que esta no es un hecho generador de responsabilidad como el primero, sino un modo de extinción de las obligaciones.

comprador no sólo los perjuicios de la cosa sino también el provecho de la misma conforme a la literalidad del propio precepto.

Para la tesis que acabo de exponer, el artículo 36 del Real Decreto-ley que estamos analizando supone un cambio radical de la solución normativa que en tiempo ordinario establece el Código civil, ya que, de tener que soportar los riesgos el comprador, pasa a asumírselos el vendedor.

Sin embargo, el régimen de los riesgos en la compraventa no ha sido interpretado de manera unívoca por la doctrina y la interpretación del artículo 1452 es objeto de otra lectura según la cual el precepto, aunque pone a cargo del comprador los riesgos por el perecimiento de la cosa debida, no cierra la vía a la resolución del contrato que podría ser activada por dicho comprador pudiendo exigir, consecuentemente, la devolución del precio pagado²⁹.

La perspectiva que ofrece la segunda tesis expuesta es la que impera en todos los análisis que se han hecho del precepto que, con carácter extraordinario, se ha dictado con ocasión de la pandemia y que es objeto de estudio. Parten dichos análisis de que, en efecto, el régimen ordinario del Código civil que sería de aplicación admite el derecho a resolver el contrato como remedio a tal supuesto por parte del comprador-consumidor³⁰. Pero, expuesto queda, que tal consecuencia jurídica no se deriva de manera clara ni indiscutida de lo previsto para tiempo ordinario por el Código civil si entendemos aplicable el régimen de los riesgos en la compraventa en la lectura que los carga sobre el comprador, que, desde luego, no puede obviarse.

No obstante lo dicho, debe remarcarse un dato diferenciador entre el supuesto de hecho del artículo 36 y el del artículo 1452 del Código civil, y es que los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación que atiende nuestro Código civil, también, por lo tanto, el del artículo 1452, se reducen al caso de perecimiento de la cosa debida y ese no es exactamente el supuesto contemplado en el artículo 36, en el cual la cosa no se destruye³¹ sino que se mantiene en el patrimonio del vendedor de modo que, si se le hubiera permitido retener el precio, habría supuesto validar un posible enriquecimiento injustificado, sobre todo porque, restablecida la actividad económica una vez superada la pandemia, en la mayoría de los casos va a poder vender ese bien. Por ese motivo, la regulación del artículo 36 RD ley debería ser aceptable incluso para la postura que considera que el artículo 1452 del Código civil carga los riesgos al comprador y en base a la cual no se le reconoce una facultad de resolución. En realidad, para esta lectura, el artículo 36 supondría corregir el régimen del artículo 1452 del Código civil precisamente en una tesitura en que dicho precepto podía ser susceptible de aplicación masiva; lo cual parece

²⁹ ALBALADEJO, *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, 2008, pp. 530 y siguientes. Este autor se basa en que el precepto habla de “daño o provecho” no contempla el supuesto de perecimiento total de la cosa, sino de deterioro parcial de la misma, lo que le permite considerar que el perecimiento total no está contemplado en el artículo 1452 del Código civil y abrir en este caso la vía a la resolución del contrato.

³⁰ GREGORACI, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, , fasc. II, 2020, en la página 460 lo acepta sin discusión porque dice que para los remedios de suspensión de cumplimiento o resolución del contrato no se encuentra entre los presupuestos que el incumplimiento sea imputable al deudor. Por su parte, MARÍN LÓPEZ, *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII (octubre-diciembre), núm. 5, 2020, p. 3: *...este artículo 36 no atribuye al consumidor ningún derecho nuevo.*

³¹ Alude a esta nota diferenciadora GÓMEZ LIGÜERRE, «Fuerza mayor», *Indret*, núm 2, 2020, p.4: *Desgraciadamente, el virus afecta a las personas, no a las cosas, y el problema no será que estas se hayan destruido o hayan desaparecido, sino que los obligados a darlas o a recibirlas no pueden hacerlo en los términos en que se obligaron.*

razonable porque el régimen de los riesgos en la compraventa siempre ha suscitado recelos y críticas, considerándose poco razonable y no ajustado al principio de que los riesgos son para el propietario.

Por otro lado, el supuesto de hecho del artículo 36 Real Decreto ley 11/2020, no sólo alcanza a un supuesto de imposibilidad definitiva de la prestación sino también a casos en los que la imposibilidad no es absoluta, sino que se produce en un período de tiempo determinado frustrándose de este modo las expectativas del consumidor en el contrato. De ahí que podría pensarse que estos casos acaso no serían subsumibles en el artículo 1452 del Código civil.

Para la postura que considera que el artículo 1452 no veda la resolución al comprador, el artículo 36 vendría a confirmar dicha lectura. De modo que, conforme a esta línea de pensamiento, este precepto no regula, en lo atinente a los remedios aplicables, el supuesto de manera diferente a como se solventaría de aplicarse el régimen ordinario del Código civil. Sin embargo, el artículo 36 RD-ley tiene la virtud de hacer desaparecer la incertidumbre a la hora de solucionar un supuesto de hecho cuya regulación no es clara en las normas ordinarias contenidas en el Código civil y que hubieran resultado de aplicación. El artículo 36 RD-ley opta por la resolución, despejando de un plumazo las dudas que pudieran plantearse acerca de si la concurrencia de fuerza mayor -y la consiguiente inimputabilidad al deudor- puede suponer que no se trata de un verdadero incumplimiento que permita activar dicho remedio. Si bien creo que este punto requiere una explicación adicional.

La idea de incumplimiento suele vincularse implícitamente a la posibilidad de reprobación de la conducta del deudor; podría entenderse que probablemente sea éste el único supuesto que pretende regular el artículo 1124 del Código civil, de ahí que cuando contempla la acción resarcitoria de daños y perjuicios derivados del mismo no la contempla como posibilidad por si se producen perjuicios, sino que anuda necesariamente esa acción de resarcimiento a las de resolución y de cumplimiento. Esta lectura del artículo 1124 del Código civil partiría de la imputabilidad de la falta de ejecución del contrato al deudor de la obligación incumplida y, probablemente, por eso, lo hace responsable de los daños y perjuicios que su incumplimiento haya podido causar. No obstante, la interpretación que se suele hacer del artículo 1124 del Código civil no coincide exactamente con la que acabo de exponer, sino que pasa por considerar que dicho precepto engloba cualquier falta de ejecución de las prestaciones de las partes, sea imputable o no al deudor, de manera que llegaría a integrar la falta de ejecución de la prestación por fuerza mayor³².

Por lo tanto, desde esta perspectiva el precepto, acoge y reproduce la tendencia doctrinal actualmente extendida que considera que el incumplimiento engloba también los supuestos de falta de ejecución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor³³. Ni que decir tiene que la

³² DE LA MAZA GAZMURI/ VIDAL OLIVARES, «Los efectos del incumplimiento contractual causados por caso fortuito en tiempos de pandemia COVID-19», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 3, 2020, pp. 123-161.

³³ En esta línea TORRELLES TORREA, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 2, 2021, en la página 106 dice: *parece que está regulando, por primera vez, la imposibilidad sobrevinida considerándola como una causa de resolución contractual distinta del incumplimiento.*

conurrencia de fuerza mayor excluye la obligación del vendedor de indemnizar daños y perjuicios.

b. Contrato de servicios

En el caso de los contratos de servicios, hay que tener en cuenta que en el Código civil español su regulación –artículos 1583 y siguientes- es obsoleta y no resuelve los problemas habituales que plantea este tipo contractual, debiendo recurrirse al tratamiento que, de los conflictos que suscita, hace la jurisprudencia y la doctrina.

En los contratos de servicios se admite que cualquiera de las partes puede desistir en cualquier momento. Se admitiría, por tanto, sin ambages que, ante el incumplimiento del prestador del servicio –aunque fuera por causas que le son ajenas y sin dolo ni negligencia del mismo- el prestatario no pagara el precio pactado o exigiera su devolución en caso de haberlo entregado; con mayor motivo, si el prestatario es un consumidor en la medida en que el artículo 62 del TRLGDCU reconoce claramente su derecho a desistir de los contratos de servicios de tracto sucesivo con carácter generalizado. En materia de servicios, en conclusión, la falta de ejecución de la prestación por parte del prestador permitiría al prestatario dar por finalizada la relación sin obligación de pagar el precio. De modo que la regulación del artículo 36 no aporta nada en materia de servicios pues la solución aplicable, en lo atinente a los remedios, sería la misma; si bien con este precepto se cuenta con un apoyo claro de Derecho positivo inexistente en el Código civil.

4.3. Los requisitos de la resolución como nota diferencial con respecto al régimen ordinario

Aunque en el plano de los remedios este precepto no suponga una alteración del régimen que resultaría de aplicación en tiempo ordinario –salvo que se entienda para la compraventa que el artículo 1452 carga los riesgos al comprador–, se propone una resolución “mediatizada” lo que sí supone una alteración importante de los requisitos de ejercicio de dicha facultad. Así se establece un plazo de prescripción de 14 días; las partes tienen obligación de intentar durante 60 días una reconfiguración del contrato después de que el consumidor haya ejercitado la resolución que no será efectiva hasta pasado ese plazo; por último, se regulan los efectos restitutorios que pueden no englobar todas las cantidades entregadas por el consumidor.

Estas restricciones al ejercicio de la facultad resolutoria se pueden considerar razonables si se tiene en cuenta que únicamente se legitima al consumidor -comprador o prestatario- y, en ningún caso, al comerciante, siendo irrelevante cuál de los sujetos resulta perjudicado por la pandemia.

Además, existe un plazo de prescripción de 14 días cuyo *dies a quo* puede resultar complicado fijar; el plazo de 60 días permite al comerciante no tener que devolver inmediatamente el precio que le ha pagado el consumidor en una situación en la que ve extinguido el contrato sin haber intervenido negligencia o dolo por su parte. Por último, que el consumidor asuma el coste de la devolución creo que, como he explicado en el lugar correspondiente, también es razonable pues no tiene sentido que lo asuma el vendedor siendo que el remedio que se establece le perjudica sin tener en cuenta la situación en que la pandemia le coloca en relación a ese concreto contrato.

5. Reflexiones finales

Los párrafos 1 a 3 del artículo 36 del Real Decreto ley 11/2020 de 31 de marzo recogen unas normas que se diseñan con el único objetivo de proteger a los consumidores en los contratos de compraventa y de servicios porque probablemente se consideró en ese momento que iban a ser los principales perjudicados por la situación que iba a provocar la pandemia y se ofrece una solución en línea con tal consideración. O simplemente porque se entendió que eran los sujetos a quienes había que proteger prioritariamente.

Sin embargo, pasado un tiempo, creo que puede afirmarse que no se hizo una adecuada ponderación de los intereses en juego y que, si dicha valoración se llevó a cabo, se obvió que el interés verdaderamente necesitado de protección –como ya pusieron de relieve algunos autores desde el primer momento– era y sigue siendo el de los empresarios y comerciantes, en definitiva, el tejido productivo del país; por ello es conveniente una interpretación del precepto que evidencie la perspectiva preponderantemente proteccionista de los intereses del consumidor desde la que se hace la norma.

En esta línea se otorga a los consumidores una facultad resolutoria que les permita desvincularse de los contratos de compraventa de bienes y de prestación de servicios que habían concertado en aquellos casos en los que la ejecución de las prestaciones por su contraparte –profesional, comerciante o empresario– resultara imposible a raíz de la pandemia o bien no fuera posible cumplir el contrato cubriendo las expectativas del consumidor en un período de tiempo determinado.

La norma que he analizado es muy defectuosa desde el punto de vista técnico, de modo que suscita numerosos interrogantes de difícil respuesta, siendo complicado precisar el supuesto de hecho, es decir, la patología exacta que la pandemia plantea sobre los contratos. En esta línea, el supuesto de hecho incorpora una serie de elementos que hacen complicado identificar realmente el caso que se quiere resolver, probablemente porque en esos primeros momentos no se tenía muy claro cuál era el problema que podía suscitarse. Lo que sí es claro es que es un caso de imposibilidad sobrevenida, pero con una caracterización más amplia que la recogida en el Código civil. No obstante, para algunos supuestos (casi siempre en el área de los contratos de compraventa) es difícil saber cuándo hay que entender que concurre la imposible ejecución del contrato para la que está pensado el precepto, si dicha imposibilidad debe ser definitiva y terminante o puede entenderse que concurre cuando, pese a ser viable, el cumplimiento ya no colma las expectativas del consumidor y tampoco está claro si en dicha imposibilidad hay o no un componente temporal. A mi modo de ver, la imposibilidad de ejecución a que alude al precepto no sólo engloba la total y definitiva –que será la que se haya dado fundamentalmente en relación a contratos de servicios– sino también aquellos casos en los que, a raíz de la pandemia, el profesional, comerciante o empresario no pueda cumplir en un período de tiempo en el que esa prestación reporte al consumidor la utilidad que esperaba; ahora bien, pasada la pandemia y las medidas adoptadas en función de la misma, si el consumidor no ha resuelto, entiendo que no puede pretender que el cumplimiento no colma sus expectativas.

Teniendo en cuenta que la regulación del Código civil en este punto no es todo lo nítida que sería deseable, ha de reconocerse a este precepto la virtud de querer adelantarse a los problemas e intentar solucionarlos, soslayando las disquisiciones sobre la interpretación de los preceptos que hubieran resultado de aplicación en un caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación que

es el tipo en el que creo que encaja mejor el supuesto de hecho del artículo 36. 1 a 3 del Real Decreto-ley 11/2020.

Como consecuencia jurídica, se ofrece al consumidor una facultad resolutoria en relación a la cual cabe destacar una serie de ideas. En primer lugar, desde la perspectiva del remedio ofrecido, el precepto no altera el que hubiera resultado de aplicación conforme a las normas del Código civil. En cuanto a la compraventa, incluso cuando se entienda que el artículo 1452 del Código civil carga los riesgos al comprador, hay razones para considerar que no debe ser así en este caso porque no se trata de la desaparición de la cosa, sino que la misma permanece en el patrimonio del deudor; por otro lado, para los que piensan que el artículo 1452 del Código civil no impide que el comprador pida la resolución del contrato, se está confirmando dicha lectura. En relación a los contratos de servicios, es la solución que sería aplicable, aunque no existiera esta norma, como ya he dicho.

Por lo tanto, puede decirse que este precepto no supone una variación del remedio que se aplicaría en tiempo ordinario ni para la compraventa ni para el contrato de servicios. Sin embargo, se trata, como se ha explicado a lo largo del trabajo, de una facultad resolutoria mediatizada que exige para su efectividad el cumplimiento de una serie de requisitos que la constriñen y que diferencian la consecuencia jurídica prevista de la que se aplicaría conforme al Código civil. Estas exigencias pretenden compensar de algún modo la perspectiva excesivamente proteccionista de los intereses del consumidor que inspira la redacción del precepto y que relega a un segundo plano los intereses del empresario, comerciante o profesional. Sin embargo, ya ha quedado dicho que el cumplimiento de esos requisitos (negociación infructuosa entre las partes encaminada a la revisión del contenido del contrato que restaure la reciprocidad de prestaciones y que debe desenvolverse durante 60 días) depende en exclusiva de la voluntad del consumidor y del paso del tiempo.

La negociación obligatoria es el primer requisito que mediatiza el ejercicio de la facultad resolutoria, pero, además, se establece un plazo de prescripción para dicha acción de 14 días. Este plazo tan breve puede favorecer también los intereses de los consumidores al ofrecer una solución rápida y ágil a la situación. El principal problema que suscita este plazo no es sin embargo su corta extensión, sino que en determinados casos es muy complicado fijar el momento en que empieza a correr, como ya ha quedado expuesto en el epígrafe correspondiente.

Conviene reflexionar en este punto acerca de la duda que planteábamos al comienzo del trabajo sobre si esta regulación protegía los intereses del consumidor o, por el contrario, primaba los del empresario, comerciante o profesional. A la vista del estudio efectuado, puede decirse que este supuesto de hecho –o uno similar– no estaba regulado en normas de Derecho del Consumo, de modo que, de no haberse aprobado, debería haberse aplicado la normativa del Código civil, por lo que no puede hablarse de un nivel de protección del consumidor concreto ante una tesitura de este tipo, el cual sea susceptible de ser elevado o reducido. Por mi parte, entiendo –en contra de la opinión de otros autores³⁴– que este precepto no sólo se hace con el objetivo de proteger a los consumidores, sino que efectivamente supone una protección para los mismos por las siguientes

³⁴ Consideran que es una norma que protege al empresario: MARÍN LÓPEZ, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5, 2020, pp. 1-39 y TORRELLES TORREA, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 2, p. 102.

razones. En primer lugar, pese a las dudas acerca del supuesto de hecho, se trata de una imposibilidad sobrevenida que se caracteriza de manera más amplia que la recogida por el Código civil, dando cabida no sólo a la propiamente dicha sino también a aquellos casos en que, como consecuencia de la pandemia, no hay posibilidad de cumplir en tiempo en el que la prestación resulte útil al consumidor. Por otro lado, la regulación del supuesto elimina la incertidumbre jurídica sobre qué iba a pasar con los contratos en curso lo que añade seguridad jurídica que, obviamente supone una protección para el consumidor frente a un panorama incierto. Además, el remedio ofrecido permite al consumidor desvincularse del contrato y la eficacia de la resolución se hace depender de unas exigencias cuyo cumplimiento dependen en exclusiva de su voluntad y del paso del tiempo. Por último, para compensar mínimamente esa visión excesivamente proteccionista del consumidor que relega a un segundo plano el interés del comerciante, se fija un plazo de 60 días que deben transcurrir hasta ver si se consigue una revisión del contrato, dando al comerciante más tiempo para proceder a las devoluciones. Y lo mismo cabe decir, en cuanto al hecho de que el consumidor no reciba la cantidad completa del dinero que ha pagado si la devolución del precio conlleva gastos: está plenamente justificado porque sería injusto que ese coste lo asumiera el comerciante.

Por todo ello cabe concluir que se trata de un precepto cuyo objetivo es la protección de los consumidores y que efectivamente consigue protegerlos a costa de dejar expuesta a su contraparte.

El problema es que, para intentar matizar esa visión del problema y de la solución ordenada casi exclusivamente a resolver el problema de una de las dos partes de la relación -el consumidor-, la norma se formula de manera muy compleja tanto en lo atinente al diseño del supuesto de hecho como en lo relativo a la consecuencia jurídica que se establece, lo que suscita dudas interpretativas de difícil -en ocasiones imposible- solución. No quiero finalizar sin poner de relieve que una de las razones de la complejidad del precepto es haber tomado como referencia la doctrina sobre la cláusula *rebus sic stantibus* -que parece, en los últimos tiempos, el ingrediente de todas las salsas jurídicas-. En un principio, el recurso a esta doctrina podría estar justificada porque ambos supuestos presentan como componente común la alteración sobrevenida de las circunstancias; sin embargo, que la patología se quiera solucionar sin tomar en consideración si se ha producido un desequilibrio entre las prestaciones y, en caso de que así ocurra, obviando a quien perjudica esa situación hace que el recurso a dicha institución haya sido inadecuado e imperfecto; así lo demuestra el que se otorgue sólo a una de las partes legitimación para ejercitar el remedio que se arbitra, lo que no encaja con la solución que se entiende característica o propia de la cláusula *rebus sic stantibus*. En efecto, se toman como inspiración los remedios que suelen anudarse a la misma para un supuesto en el que el sujeto a quien se legitima para activarlos no es aquel a quien la alteración sobrevenida de las circunstancias produce un desequilibrio entre las prestaciones le imposibilita cumplir -que podría ser uno u otro-, sino que sólo se quiere legitimar al consumidor, con independencia de que se produzca un desequilibrio entre las prestaciones y con independencia de que efectivamente dicho desequilibrio perjudique sus intereses o a los de su contraparte.

Quizás se haya pretendido sentar un peligroso precedente normativo -inexistente hasta el momento- que establecería la facultad resolutoria como remedio primario y prevalente frente a la reconfiguración del contenido del contrato para los supuestos de cláusula *rebus sic stantibus*, lo cual chocaría con las enormes y a mi modo de ver razonables reticencias jurisprudenciales a

optar por la resolución del contrato como remedio a estos supuestos, por comprometer el principio *pacta sunt servanda*. No obstante, el intento ha resultado frustrado porque, como ha quedado expuesto, no se está contemplando un supuesto patológico que incluya todos los elementos que se requieren para darle solución dando eficacia a la cláusula *rebus sic stantibus* implícita en todo contrato.

6. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 17 de mayo de 1986 nº 306/1986, ECLI:ES:TS:1986:8324 (Ponente: Jaime CASTRO GARCÍA).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de abril de 2012, nº 240/2012, ECLI:ES:TS:2012:2866 (Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 27 de abril de 2012, nº 243/2012, ECLI:ES:TS:2012:2868 (Ponente Román GARCÍA VARELA).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de junio de 2012, nº 369/2012, ECLI:ES:TS:2012:4408. (Ponente: Antonio SALAS CARCELLER).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 8 de noviembre de 2012, nº 644/2012, ECLI:ES:TS:2012:9188 (Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 27 de diciembre de 2012, nº 807/2012, ECLI:ES:TS:2012:8996 (Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 17 de enero de 2013, nº 820/2013, ECLI:ES:TS:2013:1013 (Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de enero de 2013, nº 822/2013, ECLI:ES:TS:2013:679. (Ponente José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 26 de abril de 2013, nº 309/2013, ECLI:ES:TS:2013:2247. (Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 15 de octubre de 2014, nº 591:2014, ECLI:ES:TS:2014:5090 (Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 15 de enero de 2019, nº19/2019, ECLI:ES:TS:2019:57 (Ponente: M^a de los Ángeles PARRA LUCÁN).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 22 de enero de 2019 nº41/2019 ECLI:ES:TS:2019:134 (Ponente: M^a de los Ángeles PARRA LUCÁN).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de julio de 2019 nº452/2019, ECLI:ES:TS:2019:2556 (Ponente: M^a de los Ángeles PARRA LUCÁN).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 6 de marzo de 2020, nº156/2020, ECLI:ES:2020:791 (Ponente: Ignacio SANCHO GARGALLO).

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 20 de Barcelona, de 8 de enero de 2021.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid (sección 8), de 12 de enero de 2021, ECLI:ES:JPI:2021:2 (Ponente: Alberto MATA SAIZ).

Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Barcelona nº 424/2020, de 23 de diciembre de 2020.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cáceres nº 94/2020, de 11 de agosto de 2020.

7. Bibliografía

CASTILLA BAREA, Margarita, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, Madrid, 2001.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo/ VIDAL OLIVARES, Álvaro, «Los efectos del incumplimiento contractual causados por caso fortuito en tiempos de pandemia COVID-19», *Revista de Derecho Civil*, Ensayos, vol. VII (abril-junio), núm. 3, 2020, pp. 123-161.

GANUZA, Juan José/GÓMEZ POMAR, Fernando, «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», *Indret*, núm.2, 2020, pp. 558-584.

GARCÍA RUBIO, María Paz, «Medidas regladas en materia de contratos por el COVID 19 en España», *Revista de Derecho Civil*, Ensayos, vol. VII (mayo), núm. 2, pp. 15-46.

GREGORACI, Beatriz, «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, fasc. II, 2020, pp. 455-490.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «Fuerza mayor», *Indret*, núm. 2, 2020, pp. 1-11.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el art. 36 del RD-ley 11/2020», en *Revista de Derecho Civil*, Estudios, vol. VII (octubre-diciembre), núm. 5, 2020, pp. 1-39.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Derechos del consumidor por incumplimiento del empresario a causa del COVID-19», en LUQUIN BERGARECHE, Raquel (dir.), *Covid 19: conflictos jurídicos actuales y desafíos*, Wolters Kluwer, 2020, pp. 55-76.

MORALES MORENO, Antonio Manuel, «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, fasc. II, 2020, pp. 447-454.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier/ MARTÍNEZ VELENCOSO Luz M., *La moderna configuración de la cláusula "rebus sic stantibus" (tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura)*, Civitas, Madrid, 2017.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, *Cláusula rebus y modernización del derecho contractual, tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020.

REYES LÓPEZ, María José, «Las pretendidas medidas de protección a los consumidores con motivo del COVID-19», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12 bis, 2020, pp. 568-581.

TORRELLES TORREA, Esther, «La resolución de los contratos por consumidores en tiempos de pandemia. Art. 36. 1 y 2 del RD-ley 11/2020», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII (abril-junio), núm. 2, 2021, pp. 93-145.

Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español

Sumario

-

La Directiva 770/2019, relativa a algunos aspectos de los contratos de suministro y contenidos digitales ha supuesto un importante paso en relación con la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea y la protección de los consumidores en el Mercado Digital. En ella se consagra, por primera vez, una regulación específica en materia de incumplimiento y remedios puestos a disposición del consumidor de contenidos y servicios digitales, con el objetivo fundamental de unificar las legislaciones nacionales, reforzando así el Mercado Europeo Digital. Esta norma ha sido recientemente incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, que ha modificado el TRLGDCU para adaptarlo a esta nueva regulación. En este trabajo se analizan las principales novedades de la citada normativa, resaltando sus carencias y sus virtudes, con el fin de comprobar cuáles son los principales pasos dados por el legislador en orden a proteger los intereses del consumidor.

Abstract

-

Directive 770/2019, pertaining to certain aspects of digital content and supply contracts, is an important step in relation to the unification of Contract Law in the European Union and consumer protection in the Digital Market. This Directive enshrines for the first time a specific regulation on non-compliance and remedies made available to the consumer of digital content and services, with the fundamental objective of unifying national legislation, thereby strengthening the European Digital Market. This rule has recently been incorporated into our legal system by means of Royal Decree-Law 7/2021, of 27 April, which amends Spain's TRLGDCU consumer protection legislation in line this new regulation. This paper analyses the main novel aspects introduced by the new legislation, pointing out its shortcomings and its virtues, to ascertain the main steps taken by the legislator to protect the interests of the consumer.

Title: *Digital market and consumer protection: Directive 770/2019 and its transposition into the Spanish legal system*

-

Palabras clave: Mercado digital, contratos, contenidos y servicios digitales, consumidores, incumplimiento, puesta en conformidad, reducción de precio, resolución de contrato.

-

Keywords: *Digital market, contracts, digital content and services, consumers, non-compliance, compliance, price reduction, contract termination.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.02

4.2021

Recepción
28/05/2021

-

Aceptación
07/08/2021

Índice

-

1. Introducción

2. Partes del contrato

2.1 Consumidor

2.2 Empresario

3. Concepto y naturaleza jurídica del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales

4. Breve mención sobre el suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales

5. Conformidad de los contenidos y servicios con el contrato

5.1. Cumplimiento de la obligación de entrega

5.2. Requisitos de conformidad

a. Requisitos subjetivos

b. Requisitos objetivos

c. Integración incorrecta

d. Falta de conformidad por vulneración de derechos de terceros

e. La obligación de suministrar las actualizaciones necesarias

f. El pacto de exclusión de los requisitos objetivos

6. Remedios

6.1. Medidas correctoras por incumplimiento de suministro

6.2. Medidas correctoras por falta de conformidad

a. Puesta en conformidad

b. Reducción del precio y resolución del contrato

c. Reducción del precio


d. Resolución del contrato

e. Indemnización de daños y perjuicios

7. Plazos

8. Conclusiones

9. Bibliografía

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

1. Introducción*

Sin duda, el mercado de bienes y servicios de naturaleza digital constituye hoy día uno de los pilares fundamentales sobre el que se asienta la economía actual. Ya esta circunstancia se puso de manifiesto en la *Estrategia para el Mercado Único Digital* que la Comisión Europea presentó el 6 de Mayo de 2015 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones¹. En la misma se fijó como una de las principales prioridades la creación de un Mercado Único Digital definido como «aquél en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada y en el que personas y empresas pueden acceder fácilmente a las actividades y ejercerlas en línea en condiciones de competencia, con un alto nivel de protección de los datos personales y de los consumidores, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia».

En dicha comunicación se pone de relieve que una de las razones por la que los consumidores y las pequeñas empresas no participan más en el comercio electrónico transfronterizo, se debe a que las normas aplicables a estas operaciones pueden ser complejas, poco claras y diferentes entre los Estados miembros. Para evitar esta situación, una de las medidas que se pretendió adoptar es la de presentar una propuesta legislativa que armonizara los derechos y obligaciones derivados de los contratos cuyo objeto sea un contenido digital² y de aquellos realizados a distancia o en línea³. En efecto, no cabe duda de que una regulación armonizada a nivel europeo impulsa el Mercado Digital de la Unión, pues se logra así mayor seguridad jurídica para las empresas que actúan en el sector que podrán dirigir sus productos o servicios con la seguridad de conocer la regulación aplicable.

Precisamente, con el objetivo de modernizar y actualizar la legislación europea adaptándola al nuevo Mercado Digital, se aprobaron dos Directivas en 2019. Por un lado, la Directiva 2019/771, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (DOUE n°136, de 22.5.2019), que consagra una nueva regulación sobre los supuestos de falta de conformidad y los remedios puestos disposición del consumidor, dando así un paso más hacia la unificación del régimen jurídico de la compraventa en la Unión Europea. Por otro lado, la Directiva 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DOUE n°136, de 22.5.2019, en adelante, DCSD), que es la que trataremos en el presente trabajo⁴.

* Reyes SÁNCHEZ LERÍA, rsanler@upo.es. Este trabajo ha sido elaborado en el marco de los siguientes proyectos de investigación: V Plan Propio de Investigación y Transferencia de la Universidad Pablo de Olavide, para el desarrollo de la línea denominada «Propuestas para una regulación de los contratos sobre bienes y servicios digitales» y el Proyecto I+D+i: «Derecho contractual digital, una nueva realidad: del Código a las Directivas y la revolución digital» (PID 2020-112714GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e innovación.

¹ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0192> (Fecha de consulta 8.3.2021).

² Contrato que ha sido calificado como el instrumento jurídico básico de la economía digital. ESPÍN ALBA, «Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y prosumidores en el mercado único digital», *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, 6, 2020, p.5.

³ La Comisión pone de manifiesto que unas normas modernas y simplificadas para las compras transfronterizas en línea y digitales animarán aún más a las empresas a vender en línea, por encima de las fronteras, e incrementará la confianza de los consumidores en el comercio electrónico transfronterizo.

⁴ Como pone de manifiesto FERNÁNDEZ CHACÓN, «El ámbito material de la aplicación de la nueva Directiva relativa a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: aspectos clave», en FERNÁNDEZ VILLAZÓN (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2020, p. 560, ambas Directivas suponen el culmen

Aunque efectivamente ambas introducen importantes novedades en el ámbito de la defensa de los consumidores, es la DCSD la que ha supuesto un paso importante en orden a la actualización del Derecho Contractual en la UE, consagrándose por primera vez una regulación que unifica las legislaciones nacionales en materia de incumplimiento y remedios puestos a disposición del consumidor de contenidos y servicios digitales⁵. Como expresamente se declara, su fin último es el de lograr un alto nivel de protección de los consumidores, reforzar la seguridad jurídica y, en definitiva, impulsar el denominado Mercado único Digital.

Se trata de una Directiva de máximos (art. 4 DCSD) salvo que alguna disposición determine expresamente lo contrario y, en consecuencia, más preocupada por la armonización dentro del Mercado común que por lograr una protección máxima de los consumidores⁶.

Sin embargo, es importante poner de manifiesto que no se partía en este ámbito de un vacío normativo pues, efectivamente, ya existían importantes Directivas que eran aplicables a este contrato de suministro de contenidos y servicios digitales. Así, la Directiva 2011/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (DOUE n° 304, de 22.11.2011), recientemente modificada por la Directiva 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (DOUE n° 328, de 18.12.2019) que contiene un régimen específico de información y desistimiento aplicable a estos contratos. Igualmente, la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas (DOCE n° 95, de 21.4.1993) y la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico

hasta el momento del proceso de unificación del Derecho contractual puesto en marcha a nivel comunitario. Por su parte, GÓMEZ POMAR, «El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», *Indret* 4/19, p. 4, determina que las dos normas obedecen a una doble motivación. Por un lado, al deseo de la comisión de no cejar en el impulso en favor del Derecho contractual europeo, tras el fracaso de la propuesta de Reglamento de la Normativa común de Compraventa europea. Por otro, impulsar la agenda digital europea en su dimensión de la protección del consumidor, tanto en la compra *on line* como en la adquisición de servicios digitales.

⁵ En efecto, la unificación de los remedios es el principal objetivo de la Directiva pues la diferencia actual en los distintos países de la UE es uno de los obstáculos para el desarrollo del mercado europeo. Por ello, aquí (igual que en la Directiva 771/2019) se establece una armonización plena del sistema de remedios en caso de falta de conformidad. Véase BEHAR-TOUCHAIS, «Remedies in the Proposed Digital Content Directive. An overview», en SCHULZE/STAUDENMAYER/LOHSSE (eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory, Challenges and Gaps*, Nomos, Baden-Baden, 2017, p. 130. No se unifican, sin embargo, todos los remedios posibles ante el incumplimiento contractual. Así, el proveedor del contenido digital tendrá a su disposición aquellos regulados en cada ordenamiento jurídico. Igualmente, la Directiva deja fuera de su regulación las excepciones de contrato no cumplido, la suspensión del pago del precio o el derecho de retención que pudieran tener cada una de las partes en casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación (considerando 15 DCSD). También las cuestiones relativas a la celebración, validez, nulidad o la legalidad de los contenidos digitales deberán regirse por las normas nacionales de cada Estado (considerando 12 DCSD).

⁶ Así, MORAIS CARVALHO, «Introducción a las nuevas directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS/CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p.33, opina que las ventajas de las Directivas de armonización máxima permiten la reducción de las diferencias entre los Estados Miembros, pero a cambio se reducen las posibilidades de mejorar la posición del consumidor. En efecto, como manifiesta MIRANDA SERRANO «El derecho de desistimiento en los contratos de consumo de contenidos digitales», *La Ley Mercantil*, núm. 76, enero, 2021 p. 3, desde hace algún tiempo el legislador europeo ha comprobado que el desarrollo del mercado único no llega a alcanzarse plenamente con las Directivas de mínimos, razón por la cual se ha decantado por la Directiva de máximos. En cualquier caso, como sigue estableciendo el citado autor, es posible concluir que en las directivas de mínimos se pone más el acento en la protección de los consumidores, mientras que las de máximos centran su prioridad en la consecución del mercado único, eliminando barreras a los intercambios comerciales entre los distintos Estados de la Unión.

(DOCE nº 178, de 17.7.2000)⁷. En esta línea, la novedad de la DCSD es la regulación de un nuevo Derecho contractual de remedios, sin perjuicio de las otras normas europeas o nacionales que pudieran ser aplicables a los demás aspectos de estos negocios o a los remedios no regulados expresamente⁸.

La DCSD y la Directiva 771/2019 han sido recientemente incorporadas a nuestro ordenamiento por el Título VIII del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE nº 101, de 28.4.21). El legislador español ha optado por su transposición mediante la modificación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE nº 287, de 30.11.2007, en adelante TRLGDCU), adaptando el régimen actual a las novedades de las citadas normas europeas. La modificación entrará en vigor el 1 de enero de 2022 según la Disposición final octava, letra d) del Decreto.

Se ha de descartar, por último, la relevancia que ha adquirido durante el último año el mercado de bienes y servicios digitales como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el nuevo virus COVID-19. En efecto, la situación de pandemia que atravesamos desde marzo de 2020 ha determinado un fuerte impacto en el mercado digital, fundamentalmente por el uso masivo y continuo de servicios y contenidos digitales, el comercio electrónico y el teletrabajo, usos muchos de ellos que han aparecido para permanecer durante un largo periodo de tiempo. De esta forma, la nueva regulación aparece con un buen impulso de estos negocios⁹.

⁷ Estos negocios se enmarcan dentro del denominado comercio electrónico cuyo escenario fundamental es la red Internet. En efecto, una gran parte de estos contratos se perfeccionan y ejecutan a través de dispositivos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos conectados a la Red. Como sabemos, el comercio electrónico se reguló por primera vez en la Directiva de Comercio Electrónico 2000/31/CE que se traspuso a nuestro ordenamiento a través de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (BOE nº166, de 12.07.2002, en adelante LSSICE). Entonces se regularon algunas cuestiones sobre los denominados servicios de la sociedad de la información y la contratación electrónica, regulación ya hoy día en algún caso superada por los nuevos contenidos digitales y las nuevas plataformas disponibles en la Red que ofrecen servicios entonces no conocidos. Precisamente, se encuentra actualmente en marcha una nueva regulación de Internet materializada en dos propuestas de Reglamento, estas son: la Propuesta de Reglamento de Mercados digitales (véase en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act_en.pdf.) y la Propuesta de Reglamento de Servicios Digitales (file:///C:/Users/rsanler/Downloads/ProposalforaRegulationonaSingleMarketForDigitalServicespdf%20(2).pdf.Fecha de consulta 16/03/21).

⁸ ZOLL, «The Remedies in the Proposals of the only Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content», *Journal of European Consumer and Market Law* Volume 5, Issue 6, 2016, p. 251.

⁹ Esta situación es puesta de manifiesto en el propio Decreto Ley de 7/2021, de 27 de abril de transposición de la Directiva: «La necesidad de regular este vacío se ha visto acrecentada por la actual crisis sanitaria pues, como se indica en la Nueva Agenda Europea del Consumidor, publicada en noviembre de 2020, las medidas de confinamiento han destacado el papel fundamental de las tecnologías digitales en la vida de las personas, permitiendo comprar bienes esenciales que, de otra manera, no serían asequibles y acceder a servicios a pesar de las restricciones. Parece claro que los españoles están entre los europeos que más han incrementado sus compras online, especialmente en productos esenciales como alimentación o electrónica (como medio de llevar a cabo el teletrabajo), lo que ha determinado que, en muchos casos, las personas consumidoras hayan tenido que descubrir nuevas herramientas y servicios digitales para su vida cotidiana. Incluso las personas consumidoras más reticentes a este tipo de comercio se han visto obligados a superar los temores asociados a este tipo de compras y en un número relevante han sido la primera vez que lo han hecho. Paralelamente, el distanciamiento social ha hecho crecer los negocios online ya existentes, especialmente los gigantes y propiciado la apertura o creación de otros».

El principal objetivo de este trabajo es analizar los aspectos más relevantes de la DCSD y de su trasposición a nuestro ordenamiento. Haremos referencia a algunas de las cuestiones más discutidas de la regulación de la Directiva y de su transposición. Este recorrido nos permitirá tener una visión de conjunto sobre la nueva regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y de las cuestiones principales que suscitan los mismos.

2. Partes del contrato

2.1 Consumidor

En la DCSD se mantiene el concepto de consumidor tradicionalmente adoptado en la UE y recogido en otras Directivas¹⁰. En concreto, el art. 2, apartado 6 define al consumidor como toda persona física que, en relación con los contratos regulados en la misma, actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión; no obstante se dispone que este concepto puede ser ampliado por los Estados miembros para incluir a las pymes o autónomos (considerando 16 DCSD). Esta ampliación no se ha producido (al menos todavía) en nuestro ordenamiento jurídico, que establece igualmente que el consumidor será aquel que actúe fuera de su ámbito empresarial o profesional (art. 3 TRLGDCU). Sí se han incluido, como sabemos, a las personas jurídicas sin ánimo de lucro y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

En concreto, respecto a los contratos mixtos, estos son, aquellos en los que el servicio o contenido digital se utilice para una doble finalidad (profesional y personal), dispone el considerando 17 DCSD que los Estados miembros tendrán la libertad de determinar si dicha persona debe ser considerada un consumidor y en qué condiciones. En nuestra opinión, para una mayor protección y uniformidad, hubiese sido preferible que se adoptara el criterio contenido en el considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE, que dispuso expresamente que en el caso de los contratos con doble finalidad, si se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor¹¹. Esta es, al fin y al cabo, la doctrina seguida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ya en numerosas sentencias ha establecido que, en el supuesto de que el vínculo del contrato con la actividad profesional de la persona sea tan tenue que pueda considerarse marginal, el contratante ha de ser considerado consumidor¹².

Precisamente, la nueva realidad en la que se desenvuelve el mercado digital cuenta con participantes no siempre fácilmente clasificables en consumidores o empresarios. En efecto, en la actualidad coexisten nuevos sujetos del entorno digital que consumen bienes y servicios pero también los producen, siendo por tanto unos consumidores más activos o unos destinatarios finales que actúan en un doble ámbito personal y comercial. Este nuevo mercado está

¹⁰ SÉNÉCHAL, «Article 2», en SCHULZE/ STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article by article Commentary*, Nomos, Baden Baden, 2020, p. 50.

¹¹ Pone de referencia STAUDENMAYER, «Article 3», en SCHULZE/ STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article by article Commentary*, Nomos, Baden Baden, 2020, p. 66, que la decisión de no incluir expresamente a los contratos mixtos se basa, fundamentalmente, en el importante impacto económico que tendría para los suministradores al extender el ámbito de la Directiva a estos contratos mixtos.

¹² Véanse, entre otras, STJCE de 20 de enero de 2005, C-464/01, EU:C:2005:32, STJUE de septiembre de 2015, C-110/14, EU:C:2015:538 y STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17, EU:C:2019:123.

conformado por plataformas para la publicación de contenidos, como *Blogger*, redes sociales, como *Facebook*, los servicios conocidos como wikis (*Wikipedia*) y los portales de alojamiento de fotos, audio o vídeos (*Flickr*, *YouTube*). La esencia de estas herramientas está en la posibilidad de interactuar con el resto de los usuarios o aportar contenidos que enriquezcan la experiencia de navegación¹³. En muchas ocasiones estas actividades estarán en parte relacionadas con una actividad comercial (piénsese en *youtubers* o *influencers*, que obtienen importantes beneficios a través de la promoción de marcas y productos)¹⁴. Así, igualmente, podría ser el supuesto en el que una persona descarga una aplicación de mensajería instantánea que usa tanto para sus comunicaciones personales como profesionales. En este caso, habrá que estar al uso predominante para determinar si se encuentra protegida por la normativa.

Por otro lado, existen supuestos en los que el destinatario del contenido o servicio lo usa sólo para un fin personal pero incluye publicidad (por ejemplo, en un *blog*) para obtener algún beneficio de su actividad. Este particular con ánimo de lucro ¿podrá ser consumidor? Habrá que estar a la interpretación que hagan los tribunales aplicando el precepto general a los distintos supuestos que se planteen en la práctica, como ha ocurrido hasta ahora.

En concreto, en nuestro país, el Tribunal Supremo ha establecido que el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física. De esta forma, el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse y el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario (STS 16/2017, Civil (Pleno) de 16 de enero 2017, ECLI: TS:2017:17 y STS 683/2017, Civil, de 18 de diciembre, ECLI: TS:2017:4449, entre otras). Siguiendo esta doctrina, si la actividad que le reporta beneficios es realizada de forma permanente o habitual, no debe ser considerado como consumidor a efectos TRLGDCU¹⁵. No obstante, si se realiza como un hecho aislado y sin la nota de habitualidad propia de las actividades empresariales, debe considerarse como consumidor y, en este sentido, extender al mismo la protección otorgada por la legislación especial. En la jurisprudencia europea se ha ido más allá, sin embargo, entendiéndose que cabe considerar a una persona como consumidor también en los casos en los que realice la actividad económica con cierta asiduidad, si la celebración de ese contrato no forma parte de la actividad profesional de esa persona (STJUE de 2 de abril de 2020, C-500/18, EU:C:2020:264).

¹³ Esta posibilidad de comunicación e intercambio de contenidos entre los usuarios se consolidó con la denominada web 2.0. Este término establece una distinción entre la primera época de la Web (donde el usuario era básicamente un sujeto pasivo que recibía la información o la publicaba) y la revolución que supuso el auge de los blogs, las redes sociales y otras herramientas relacionadas. En efecto, la web 1.0 se caracterizaba fundamentalmente por ser un punto de acceso unilateral de la información. Las páginas web eran estáticas, la renovación de contenidos era poco frecuente y, además, no existían herramientas de comunicación en línea del titular de la web con sus usuarios. No obstante, con la evolución de Internet hacia la web 2.0, los usuarios de redes electrónicas de comunicación han pasado a ser los protagonistas en la publicación de contenidos. Véase, AGUSTINOY GUILAYN/MONCÚS RUIZ, *Aspectos legales de las redes sociales*, 2ª edición, 2015, p. 220, Internet hace posible que cualquier particular con acceso a la red se pueda convertir en proveedor de contenidos, lo que tiene lugar a través de las páginas web o *blogs*, la participación en foros, la difusión de contenidos a través de las redes sociales u otros servicios.

¹⁴ ESPÍN ALBA, *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, 6, 2020, p. 12.

¹⁵ Sobre la jurisprudencia al respecto NAVARRO CASTRO, «El ánimo de lucro en la delimitación del concepto de consumidor», en ATAZ LÓPEZ/ GARCÍA PÉREZ (coords.), *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 330.

En definitiva, estas nuevas situaciones plantearán dudas sobre la aplicación de la normativa protectora a estos nuevos *prosumidores* en los casos de contratos mixtos o directamente se negará la aplicación a los mismos si se considera que realizan fundamentalmente una actividad comercial. Ello vuelve a plantear la oportunidad de proteger a los autónomos/as o pequeñas empresas que en muchos casos se encontrarán también en una situación de clara inferioridad respecto a los suministradores de contenidos y servicios digitales¹⁶, opción que por ahora no ha sido acogida por el legislador español¹⁷.

2.2 Empresario

El empresario se define como toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o por su cuenta, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, en relación con los contratos regulados por la Directiva (art. 2, apartado 5 DCSD). Al incorporarse la DCSD al TRLGDCU, el suministrador de los contenidos o servicios digitales será toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (art. 4 TRLGDCU).

Se ha de señalar que, en muchos casos, el suministrador será una plataforma digital. Estas plataformas pueden definirse, en términos generales, como aquellas que ofrecen un servicio electrónico (fundamentalmente a través de Internet) que permite la oferta y contratación de bienes y/o servicios entre los sujetos participantes. Se tratan, básicamente, de nuevos escenarios (electrónicos) que permiten la búsqueda, comparación y elección del bien o servicio que se desea, con una rapidez y eficiencia hasta ahora desconocida. Como se ha puesto de manifiesto, estas plataformas digitales crean un mercado abierto para el uso e intercambio de bienes o servicios, en muchos casos infrutilizados, que vuelven al mercado a cambio de otro bien o servicio (trueque) o cambio de alguna contraprestación económica¹⁸. Estas ofrecen básicamente un servicio consistente en favorecer la contratación entre proveedores de bienes y servicios con otros usuarios, ofreciendo la herramienta necesaria para la perfección de los negocios, además de otras que facilitan la búsqueda de las ofertas adecuadas y la información relativa a las mismas. Se trata de una actividad económica a través de la cual se obtendrán beneficios por la comisión que obtenga por cada contrato celebrado o través de la publicidad incluida en la misma.

No obstante, este contrato de acceso no siempre se celebra con todos los grupos de usuarios participantes. En efecto, existen supuestos en los que los buscadores de ofertas (los futuros o potenciales clientes) no han de darse de alta o registrarse (por emplear la terminología propia de este contexto) en la plataforma para comenzar a usarla. Sí existirá, sin embargo, un contrato con los proveedores de bienes y servicios que publican sus ofertas a través de la plataforma. En esta

¹⁶ En esta línea, pone de manifiesto ESPÍN ALBA, *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, 6, 2020, p. 34, que resulta necesaria la reflexión sobre la conveniencia o no de ampliar fronteras del concepto de consumidor.

¹⁷ Según CÁMARA LAPUENTE, «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)», *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021, p. 5, hubiese sido preferible que el legislador español hubiese clarificado este aspecto y no dejarlo al albur de la jurisprudencia y sus posibles cambios de criterio.

¹⁸ CUENA CASAS, «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.12, núm.2, octubre, 2020, p. 286.

línea, establece expresamente el considerando 18 DCSD que pueden ser considerados empresarios a los efectos de la Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en el suministro de contenidos o servicios digitales.

No obstante, entendemos que en el supuesto de que la plataforma digital actúe como intermediaria del contrato que se celebre entre el empresario y el consumidor, no será responsable por las faltas de conformidad de los contenidos o servicios digitales suministrados. La DCSD deja fuera de su ámbito de aplicación los supuestos es los que el suministrador es una plataforma que actúa como mera intermediaria del contrato de suministro en cuestión¹⁹. Igualmente, entendemos que se ha dejado fuera en nuestro ordenamiento al no haber acogido el legislador español la posibilidad de ampliar la responsabilidad a la misma en estos supuestos²⁰.

En definitiva, el suministrador sometido a la nueva regulación será aquel que actúe como parte contractual directa con un consumidor en el ejercicio de su actividad empresarial, comercial o profesional, siguiendo la definición que ya venía consagrándose en las anteriores directivas de protección de consumidores.

3. Concepto y naturaleza jurídica del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales

El art. 3.1 DCSD define los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales como aquellos en los que el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este paga o se compromete a pagar un precio (en dinero o representación digital del valor²¹). También se aplica a los contratos en los que el consumidor facilita o se compromete a facilitar datos personales, salvo que estos se usen por el profesional para cumplir las obligaciones derivadas del contrato o los requisitos legales a los que esté sujeto en su caso.

Como vemos, el concepto hace referencia tanto a bienes como servicios digitales de la más variada naturaleza. Así, dentro de estos últimos, el propio art.2 DCSD especifica que un servicio digital es aquel que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital (servicios de almacenamiento en la nube, por ejemplo) o un servicio que permita compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de este servicio, o interactuar de cualquier forma con dichos datos (así, como ejemplo paradigmático, los servicios de redes sociales)²².

¹⁹ SÉNÉCHAL, *EU Digital Law. Article by article Commentary*, p. 50.

²⁰ CÁMARA LAPUENTE, *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021, p. 23.

²¹ El propio considerando 23 DCSD aclara que pueden ser cupones o vales electrónicos y las monedas virtuales reconocidas por el Derecho nacional. Respecto a los mismos establece que las representaciones digitales de valor no tienen otra finalidad que servir como método de pago y, por tanto, no deben ser consideradas un contenido digital o un servicio digital en el sentido de la DCSD.

²² Resulta muy ilustrativa la ejemplificación respecto del objeto de este contrato realizada en el considerando 19 DCSD. En concreto, se dispone que la Directiva se aplica, entre otras cosas, a programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, archivos de audio, archivos de música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas, así como a servicios digitales que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el programa (software) como servicios tales como el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales.

También se incluyen, dentro de su ámbito de aplicación, los bienes que estén incorporados a un soporte material como DVD, CD, memorias USB y tarjetas de memoria, así como al soporte material propiamente dicho, siempre que el soporte material sirva exclusivamente como portador de los contenidos digitales (considerando 20 y art. 3.3 DCSD). Es indiferente, por tanto, la forma de suministro del contenido o servicio digital (mediante descarga, acceso *on line* o un soporte material)²⁵.

Deja fuera de su ámbito de aplicación, sin embargo, los bienes con elementos digitales, definidos estos como los bienes que incorporan contenidos o servicios digitales o estén interconectados con ellos de tal manera que la ausencia de dicho contenido o servicio digital impediría que los bienes cumplieren su función (piénsese, por ejemplo, en un reloj o televisión inteligente). Estos bienes se rigen por lo dispuesto en la Directiva 771/2019²⁴. Como se ha puesto de manifiesto²⁵ de la interpretación de los considerandos con el precepto ha de entenderse que los bienes con elementos digitales han de reunir dos características. En primer lugar, que el contenido o servicio digital esté interconectado con el bien, de forma que su ausencia impediría que cumpliera su función (funcionalidad que ha de interpretarse de acuerdo con las particularidades del concreto negocio). En segundo lugar, el contenido o servicio debe facilitarse con tales bienes como consecuencia de un contrato de compraventa con independencia de si ya se encuentra instalado o ha de ser descargado por el consumidor. Si se adquiere posteriormente por el consumidor a través de un acuerdo que no forma parte de un contrato de compraventa, ese contrato debe considerarse independiente y estar sometido a la DCSD. En caso de duda, se considera que se trata de un contrato de compraventa de bienes con elementos digitales, tal y como se dispone expresamente en el considerando 21 DCSD (y el considerando 15 de la Directiva 771/2019). Esta distinción resulta relevante en orden a distinguir, en su caso, al sujeto responsable en caso de incumplimiento contractual²⁶.

²⁵ Al respecto, establece el considerando 19 que dado que existen numerosas formas de suministrar contenidos o servicios digitales, como la transmisión en un soporte material, la descarga por los consumidores en sus dispositivos, la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales, la presente Directiva debe aplicarse con independencia del soporte utilizado para la transmisión de contenidos o servicios digitales o para dar acceso a estos.

²⁴ Considerandos 21 y 22 y art. 3.4 DCSD.

²⁵ FERNÁNDEZ CHACÓN, *Derecho y nuevas tecnologías*, p. 572). En cualquier caso, como manifiesta el citado autor, esta distinción no resulta acorde con el mercado actual (y previsiblemente el futuro) teniendo en cuenta la creciente dificultad que plantea la distinción entre los bienes con contenidos digitales y los contratos mixtos, pues actualmente la interconexión entre los bienes y los contenidos digitales a ellos incorporados es muy intensa, de forma que no siempre será fácil clasificarlos de acuerdo con las categorías creadas en ambas Directivas.

²⁶ En efecto, en el caso de un contrato de compraventa de un bien con elementos digitales, el sujeto responsable será el vendedor o el productor del mismo. Así, por ejemplo, un teléfono inteligente podría presentarse con una aplicación preinstalada que se suministrase en virtud del contrato de compraventa, como una aplicación de alarma o una aplicación de cámara. En este caso, el propio teléfono sería el bien con elementos digitales, que únicamente puede cumplir sus funciones con una aplicación que se suministra en virtud del contrato de compraventa (véase considerando 15 Directiva 771/2019). Si esta aplicación falla, será el vendedor del bien el que deba repararlo o sustituirlo, según las normas de la Directiva de compraventa. No obstante, en el caso de que se trate de un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, es el empresario suministrador del mismo el que ha de poner a disposición del consumidor los remedios previstos en la DCSD. Así, por ejemplo, si el consumidor descarga en un teléfono inteligente una aplicación de juego desde la tienda de aplicaciones, el contrato de suministro de la aplicación de juego es independiente del contrato de compraventa del propio teléfono inteligente y será el suministrador de dicho juego quien responda. Sobre esta cuestión CÁMARA LAPUENTE, *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021, p. 11, opina que hubiese sido preferible que el legislador hubiese optado por dar la posibilidad al consumidor de un bien con elementos digitales de reclamar, en estos casos, directamente al proveedor del contenido digital y no sólo al vendedor pues, en muchos casos, el vendedor no podrá poner el contenido digital en conformidad, debiendo optar el consumidor entonces por reducir el precio o resolver el contrato.

Por otro lado, la DCSD no determina la naturaleza jurídica del contrato, dejando esta cuestión a los Estados miembros en su labor de adaptación de la norma a su propio ordenamiento. Si bien es cierto que en la propia definición se habla de servicio (art. 2., apartados a) y b) DCSD) frente a datos suministrados al consumidor (art. 2.1 DCSD), ello no implica ninguna diferencia en el tratamiento jurídico de unos y otros. La propia Directiva establece expresamente en su considerando 12 que no se determina la naturaleza jurídica de los contratos sobre suministro digitales²⁷. Ello ha sido en general alabado como una forma de no quedar obsoleto en seguida. En este sentido se ha manifestado que la Comisión acierta al elegir una nueva vía para regular esos contratos, con empleo de una técnica legal con un alto nivel de abstracción, como la única manera de acompañarse con el alto nivel de innovación tecnológica de la industria y con la continua aparición de nuevos modelos de negocio²⁸.

Por su parte, el legislador español no ha incorporado expresamente la noción de contrato de suministro de contenido y servicios digitales, limitándose a determinar en el art. 59 bis TRLGDCU el concepto de contenido y servicio digital. Así, en la letra d) del citado precepto mantiene el concepto de contenido digital que antes se encontraba en la letra i), este es, «los datos producidos y suministrados en formato digital». En la letra o) define el servicio digital del mismo modo que la DCSD, y que no reproducimos por evitar reiteraciones.

No obstante, la nueva definición del contrato de servicios sí incluye a aquellos digitales al establecer expresamente que «se trata de todo contrato, con excepción del contrato de venta o compraventa, celebrado en el ámbito de una relación de consumo, en virtud del cual el empresario presta o se compromete a prestar un servicio al consumidor o usuario, incluido aquel de carácter digital» (letra g), art. 59 bis TRLGDCU). En consecuencia, se ha optado por incluir al contrato cuyo objeto sea un servicio digital en la categoría de los contratos de servicios, dejando sin tipificar, sin embargo, a los contratos de suministro de contenidos.

En nuestra opinión, hubiese sido preferible trasponer el concepto ofrecido por la Directiva, es decir, un concepto único de suministro, por ser esta la opción más apegada a la realidad en la que se desenvuelven estos negocios²⁹.

En efecto, es frecuente que en este tipo de contratos confluyan diversas prestaciones de distinta naturaleza (suministro de datos y servicios) lo que dificultará, en la práctica, que puedan ser calificados exclusivamente como de servicios o suministro de datos (lo que, por su parte, no constituye una categoría contractual). Además, el contrato de suministro de contenidos digitales podrá ser calificado en algún caso también como contrato de servicios en atención a las prestaciones propias del suministrador. Así, por ejemplo, entendemos que el suministro de videos *in streaming* que, según la definición legal, es un contrato de suministro de contenido,

²⁷ Estamos de acuerdo con MIRANDA SERRANO, *La Ley Mercantil*, núm. 76, enero, 2021, p. 7 cuando establece que precisamente la adopción por parte del legislador europeo de la noción de «suministro» determina su voluntad de no decantarse por ningún tipo contractual conforme al cual se pudiera calificar a este contrato. Se trata de un concepto que carece de un contenido jurídico propio, usado de un modo aséptico para referirse a la provisión de contenidos o servicios digitales cualquiera que sea la forma jurídica que se adopte.

²⁸ SPINDLER, «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret* 3/2016, 2016, p. 14. De la misma opinión, CÁMARA LAPUENTE, «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret* 3/2016, 2016, p. 81.

²⁹ Así se ha hecho en la *UK Consumer Rights Act* (Capítulo 3) que establece un régimen jurídico específico de estos contratos sin incluirlos en ninguna de las categorías contractuales reguladas en este ordenamiento.

comparte más características con el contrato de servicios que con cualquier otro tipo contractual, de forma que habría que aplicar al mismo las normas del TRLGDCU dirigidas a estos contratos³⁰.

Al fin y al cabo, los negocios cuyo objeto son contenidos y servicios digitales se caracterizan por su prestación (de naturaleza inmaterial) que se ejecuta, en la mayoría de los casos, a distancia y de forma *on line*. Su calificación dependerá del supuesto concreto (compraventa, arrendamiento, servicios, obra...) sin que quepa, en nuestra opinión, una calificación jurídica generalista como la que realiza el legislador español. En esta línea, la noción de suministro es la que más se acerca a esta realidad en la que las prestaciones a cargo del prestador confluyen en una suerte de *tertium genus* entre cesión de datos y prestaciones de hacer difíciles de clasificar de acuerdo con las categorías tradicionales caracterizadas por su rápida evolución y por la aparición constante de nuevos contenidos.

Respecto a los contenidos digitales suministrados en un soporte material, cabría plantearse si en estos casos estamos ante una compraventa, teniendo en cuenta que el régimen jurídico de la entrega y el derecho de desistimiento es el propio del contrato de compraventa de bienes materiales³¹. No obstante, tampoco aquí podemos afirmar que nos encontramos necesariamente ante este tipo contractual. Por un lado, hay que tener en cuenta que cabe también la simple cesión de uso temporal de este tipo de bienes (por ejemplo, el alquiler de una película). Por otro lado, aun cuando la finalidad sea la adquisición del mismo a cambio de un precio, no debe entenderse que adquiere la propiedad del contenido. En estos casos, adquiere el derecho sobre el soporte material pero no así de los contenidos, que seguirán siendo propiedad de sus titulares (así, en nuestro ordenamiento, arts. 3.1 y 56.1 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, BOE nº 97, de 22.4.1996.)³².

En cualquier caso, la regulación unificada de los requisitos de conformidad y remedios de ambos contratos (contenidos y servicios) garantiza condiciones equitativas entre los proveedores de las diferentes categorías de suministro. Todo ello resulta bastante novedoso teniendo en cuenta que la misma se aplica tanto a los contratos en los que se transfiere la propiedad de un bien o se cede el uso durante un tiempo, como aquellos en los que la prestación principal consiste

³⁰ Así, las normas del derecho de desistimiento (arts. 103, apartado a) y 104 apartado a) TRLGDCU). En concreto, la Directiva 2019/2161 establece un régimen similar para los contratos de servicios y de suministro de contenidos digitales. Así, para los contratos de prestación de servicios, el consumidor perderá el derecho a desistir una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado y, si el contrato impone al consumidor una obligación de pago, cuando la ejecución haya comenzado, con previo consentimiento expreso del consumidor y con el conocimiento por su parte de que, una vez que comerciante haya ejecutado íntegramente el contrato, habrá perdido su derecho de desistimiento. Para los contratos de suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material el consumidor perderá su derecho de desistimiento cuando la ejecución haya comenzado y, si el contrato impone al consumidor una obligación de pago, cuando haya otorgado expresamente su consentimiento previo para iniciar la ejecución durante el plazo del derecho de desistimiento y el consumidor haya expresado su conocimiento de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento.

³¹ En efecto, respecto a estos bienes se hace una salvedad en la propia DCSD que dispone que no le serán aplicables los arts. 5 y 13 DCSD. Como el propio considerando 20 dispone, en estos casos deben aplicarse las disposiciones de la Directiva 2011/83/UE sobre las obligaciones relacionadas con la entrega de bienes y las medidas correctoras en caso de incumplimiento en la entrega. La Directiva 2011/83/UE modificada recientemente por la Directiva 2019/2161, en su art. 2.1, apartado 3 define un bien todo «objeto mueble tangible», lo que incluye, por tanto, al soporte material y al contenido a él incorporado.

³² MIRANDA SERRANO, *La Ley Mercantil*, núm. 76, enero, 2021, p. 8. CÁMARA LAPUENTE «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista Cesco de Derecho de consumo*, 11/2014, 2014, p. 95.

fundamentalmente en un hacer (un servicio), estableciéndose unos criterios de conformidad y remedios común a todos ellos cuando, tradicionalmente, en las legislaciones de la mayoría de los países se ha distinguido el régimen jurídico de uno y otro teniendo en cuenta que, en el primer caso, existe una obligación de resultado y, en el segundo, una de medios³³.

En definitiva, la dualidad consagrada implícitamente en nuestro ordenamiento (contrato de suministro de contenidos digitales-contrato de servicios digitales) no está justificada ni en atención a la naturaleza del objeto ni de acuerdo con la práctica habitual de estos negocios. En esta línea, estimamos que la diferencia que pudiera surgir en el tratamiento de estos contratos de acuerdo con esta calificación jurídica deberá ser valorada en el caso concreto para determinar si está justificada. Por otro lado, los criterios de conformidad y remedios son los mismos en ambos supuestos, lo que garantiza el tratamiento unificado en los supuestos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación y, en definitiva, la identidad en la protección del consumidor en ambos casos. En conclusión, creemos que la solución que mejor se adapta a esta nueva realidad es la de prescindir de dichas calificaciones, sin perjuicio de que pueda resultar aplicable un determinado régimen jurídico como supletorio en función de la concreta naturaleza de la obligación asumida por el proveedor.

4. Breve mención sobre el suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales

Como es sabido, una de las principales novedades de la DCSD es precisamente la inclusión en su ámbito de aplicación de aquellos contratos en los que el servicio y/o contenido digital no se recibe a cambio de un precio en dinero, sino que se adquiere a cambio de ceder datos personales al empresario, protegiendo así también al consumidor en este supuesto, que dispondrá de los remedios regulados en la misma en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del suministrador (art. 3.1 DCSD)³⁴. En palabras del considerando 24 DCSD, la norma debe aplicarse, por ejemplo, cuando el consumidor abre una cuenta en una red social y facilita un nombre y una dirección de correo electrónico para que sean usados por el suministrador para fines distintos del propio suministro o para cumplir determinados requisitos legales, por ejemplo, para fines comerciales.

Esta decisión ha sido generalmente alabada pues no cabe duda de que en estos supuestos no se ofrecen los contenidos o servicios de forma altruista o gratuita, si no que se hace a cambio de obtener ciertos datos del cliente, a través de los cuales el empresario obtendrá importantes

³³ Así, BEALE, «Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment», Workshop for the Juri Committee, 2015, p. 22.

Disponible en <http://www.epgencms.europarl.europa.eu> (Fecha de consulta: 20.12.17).

³⁴ Igualmente, la Directiva 2019/2161, que modifica la Directiva de 2011/83/UE, ha incluido en su ámbito de aplicación a los contratos en los que el consumidor cede sus datos personales al suministrador, disponiendo el art. 3.1 bis que: «La presente Directiva se aplicará asimismo cuando el comerciante suministre o se comprometa a suministrar contenido digital que no se preste en un soporte material o un servicio digital al consumidor, y el consumidor facilite o se comprometa a facilitar datos personales al comerciante, salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el comerciante para suministrar el contenido digital que no se preste en un soporte material o el servicio digital con arreglo a la presente Directiva o para que el comerciante cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el comerciante no trate tales datos para ningún otro fin».

beneficios³⁵. Se reconoce así el valor económico que tienen los datos personales en el Mercado digital³⁶. En efecto, nadie duda de la rentabilidad que las empresas obtienen a través de los datos que obtienen de los usuarios, de forma que hoy se ven como auténtica moneda de cambio³⁷. El hecho de que la DCSD reconozca esta realidad justifica que también en estos casos el consumidor tenga a su disposición los remedios legales establecidos en caso de incumplimiento del prestador, protegiéndose así sus legítimas expectativas en el contrato.

Por su parte, el considerando 25 DCSD determina que no se aplica a situaciones en las que el empresario recaba únicamente metadatos tales como información sobre el dispositivo del consumidor o el historial de navegación, excepto cuando esta situación se considere un contrato con arreglo al Derecho nacional. Igualmente, sigue estableciendo que tampoco resulta aplicable a aquellas situaciones en las que el consumidor, sin haber celebrado un contrato con el empresario, se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos o servicios digitales. No obstante, los Estados miembros tienen la libertad de ampliar su aplicación a tales situaciones o de regular tales situaciones. Por tanto, lo decisivo a efectos de aplicación de la norma en estos supuestos será determinar si se ha celebrado o no un contrato conforme al Derecho nacional. En caso afirmativo, el uso de *cookies* o publicidad puede determinar también la aplicación de la normativa, teniendo en consecuencia el consumidor la disponibilidad de los remedios también en estos supuestos³⁸.

En concreto, en el art. 59.4 TRLGDCU se establece expresamente que: «El ámbito de aplicación de este Libro también abarcará los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor o usuario y este facilita o se compromete a facilitar datos personales, salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor o usuario sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales objeto de un contrato de compraventa o de servicios o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin»³⁹. El legislador español no ha incluido el uso de *cookies* o la mera exposición de publicidad como acuerdos sometidos a la regulación, de

³⁵ Así, CÁMARA LAPUENTE, *Indret 3/2016*, 2016, p. 21, opina que se trata de una decisión valiente y bien enfocada. De este modo, las instituciones comunitarias han tenido en cuenta el valor económico y de cambio que tiene los datos, huyendo así del yugo dogmático de considerar gratuito a este contrato.

³⁶ Como pone de manifiesto CASTILLO PARRA, «Economía digital y datos entendidos como bienes», en CASTILLO PARRA (dir.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, p. 290, es necesario que se comiencen a contemplar estos datos no sólo desde una proyección personal de los titulares a los que se refieren, si no, junto a ello, como una mercancía objeto de intercambio, es decir, como auténticos bienes.

³⁷ ARENAS RAMIRO, «Reforzando el ejercicio del derecho a la protección de datos personales: viejas y nuevas facultades», en RALLO LOMBARTE/GARCÍA MAHAMULT (coords.), *Hacia un nuevo derecho de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 313. Gráficamente, se ha establecido que los datos son la moneda del futuro SCHULZE/STAUDENMAYER/LOHSSE, «Contracts for the supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps-An introduction», en SCHULZE/ STAUDENMAYER/ LOHSSE (eds.), *Contracts for the supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos, Baden-Baden 2017, p. 10.

³⁸ GARCÍA PÉREZ, «Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS/CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 179.

³⁹ Se refiere el precepto al Libro segundo TRLGDCU titulado «Contratos y garantías». Como ha puesto de manifiesto CÁMARA LAPUENTE, *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021, p. 18, el hecho de incluir a estos contratos en el ámbito de aplicación del Libro II TRLGDCU, tiene la consecuencia fundamental que, a estos, se aplicará no sólo el régimen de la falta de conformidad previsto en Título IV de dicho Libro, sino además todo el régimen del deber de información precontractual, cláusulas abusivas y derecho de desistimiento.

tal forma que puede entenderse que, en estos supuestos, no hay estrictamente hablando un contrato de suministro, quedando sometida esta actividad exclusivamente a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio electrónico, en lo que resulte aplicable⁴⁰.

Por otro lado, a pesar de haberse eliminado la palabra *contraprestación* para hacer referencia a esta cesión de datos (término que sí aparecía en la propuesta de Directiva de 2015 y que fue duramente criticado por el Supervisor Europeo de Protección de Datos⁴¹), se sigue protegiendo exactamente al mismo consumidor, este es, aquel que cede datos personales al suministrador al margen de los necesarios para realizar la prestación y los que exija la Ley siendo evidente, además, que estos datos se ofrecen a cambio de disfrutar determinados contenidos o servicios (por los cuales no se paga un precio en dinero)⁴². En esta línea, el propio art. 119 ter TRLGDCU, apartado segundo, usa expresamente el término *contraprestación* al regular la resolución contractual en caso de incumplimiento del suministrador. Dispone expresamente el precepto que: «La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario *haya facilitado datos personales como contraprestación*, correspondiendo la carga de la prueba al empresario» (resaltado propio). En nuestra opinión, cabe perfectamente calificar la cesión de datos personales como la prestación que ha de realizar el consumidor a cambio del contenido o servicio suministrado, sin perjuicio de que sea necesario adaptar el régimen contractual a la especial naturaleza de la obligación principal que asume el consumidor⁴³.

⁴⁰ En efecto, en este caso podrá ser considerado un destinatario de un servicio de la sociedad de la información, definido en la Ley como aquel que usa, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información (Anexo «definiciones», letra d).

⁴¹ En el Dictamen elaborado por el Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la Propuesta de Directiva 9.12.15 publicado el 14 de marzo de 2017, se dispone expresamente que expresamente que: «No obstante, la presente Propuesta plantea un aspecto problemático, ya que será aplicable en situaciones en las que el contenido digital se obtenga por el pago de un precio, pero también cuando el contenido digital se suministre a cambio de una contraprestación no monetaria en forma de datos personales o de otra índole. El SEPD advierte contra cualquier nueva disposición que introduzca la idea de que los ciudadanos pueden pagar con sus datos del mismo modo que con su dinero. Derechos fundamentales como el derecho a la protección de los datos personales no pueden quedar sometidos al puro interés de los consumidores, como tampoco deben considerarse los datos personales como una mera mercancía». Disponible en <https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/19-01> (p. 1) (Fecha de consulta 8.3.2021).

⁴² De hecho, muchos autores siguen usando la palabra *contraprestación* para referirse a la cesión de datos del cliente en el marco de este negocio. Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ CHACÓN, *Derecho y nuevas tecnologías* p. 579. En esta línea, también se manifiesta ESPÍN ALBA, *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, 6, 2020, p. 20, que defiende que estamos ante un concepto amplio de onerosidad en los términos del art. 1274 CC, pero con la especialidad de un intercambio que afecta a derechos fundamentales. Igualmente, AGUILERA RUIZ, «La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019, 770», en ALONSO PÉREZ/HERNÁNDEZ SÁINZ (dirs.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi, Pamplona 2020, p. 122 opina que «por mucho que el legislador afirme lo contrario en la parte no dispositiva de la Directiva 2019/770, los datos personales del consumidor adquieren naturaleza de *res intra commercium*, al convertirse en objeto del pacto contractual». Igualmente, refiriéndose a la cesión de datos como *contraprestación*, SEIN/SPINDLER «The new Directive on contracts for supply of digital content and digital services-conformity criteria, remedies and Modifications-Parts 2», *European Review of Contract Law*, n°15, 2019, p. 390.

⁴³ Al respecto, opina DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de los contenidos o servicios digitales a elección del usuario», *Revista de Derecho privado*, núm. 104, 4, 2020, pp. 104 y 105, que «aunque el pleno reconocimiento del tratamiento de datos personales como prestación contractual requiera más desarrollo, habida cuenta de las particularidades intrínsecas al objeto al objeto al que se refiere esta prestación contractual, de la legislación vigente no parece que pueda inferirse que la transacción consistente en el suministro de contenidos o servicios digitales a cambio del tratamiento de los datos personales

En este caso, por tanto, el consumidor cede sus datos personales al suministrador para que este los trate para fines específicos distintos del cumplimiento de obligaciones contractuales o legales, a cambio de disfrutar de bienes o servicios de naturaleza digital.

Como es sabido, la cesión y tratamiento de datos personales determina la aplicación del Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE nº119, de 4.5.2016, en adelante, RGPD), en concreto, de su art. 6, que regula los fundamentos jurídicos para el tratamiento de datos personales⁴⁴.

Respecto a lo que ahora interesa, dispone el precepto mencionado que para que el tratamiento de los datos personales del consumidor sea lícito, ha de basarse en el consentimiento expreso del mismo. Las características que ha de reunir este consentimiento son que sea libre, específico, informado e inequívoco⁴⁵. La principal novedad que introduce el Reglamento en relación con el consentimiento es que este ha de constituir un acto afirmativo de forma que no se admite de forma tácita o por inacción del interesado, por silencio o por la opción de casillas que vengan ya marcadas⁴⁶. De esta forma, el consumidor ha de consentir activamente en la cesión y tratamiento de datos personales que haga el suministrador, salvo en los casos expresamente previstos en el art. 6, letras b-f RGPD⁴⁷.

En cuanto a los aspectos contractuales de este negocio, hay que destacar que el art. 7.3 RGPD regula la facultad del interesado de revocar en cualquier momento el consentimiento sin

pueda justificarse de otro modo que a través de la celebración de un contrato oneroso entre las partes, ya sea de compraventa, servicios o permuta, por citar algunos ejemplos». En este sentido, no debemos olvidar que no es la primera vez que se reconoce la facultad de explotar la vertiente económica de un derecho de este tipo a su titular. Así, la propia Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE nº 115, de 14.05.1982), prevé la posibilidad de que el afectado consienta la intromisión en su intimidad o propia imagen, debiendo este incluso indemnizar en aquellos casos en los que revoque su consentimiento y cause un daño a aquel con quien contrató (art. 2).

⁴⁴ Por supuesto, siempre que el suministrador trate datos personales del consumidor será de aplicación el RGPD, con independencia de si ese tratamiento se realiza en el marco de la relación contractual para cumplir las obligaciones o a cambio de ofrecer determinados contenidos o servicios digitales. Así expresamente lo dispone el considerando 38 DCSD que establece que el tratamiento de los datos personales del consumidor en el ámbito de los contratos regulados en la Directiva, ha de ser conforme con lo dispuesto en el RGPD, en relación con la validez del consentimiento dado por el consumidor, y los derechos de supresión y portabilidad de los datos.

⁴⁵ En efecto, el art. 4, apartado 11 RGPD define el consentimiento como toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.

⁴⁶ MORALES BARCELÓ, «El consentimiento del interesado en materia de protección de datos del reglamento UE 2016/679», en CASTILLO PARRA (dir.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, p. 310.

⁴⁷ Dispone el precepto mencionado que el tratamiento será lícito si: b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales; c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento; f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

necesidad de justificarlo⁴⁸. El ejercicio de esta facultad por parte del consumidor determina que, a partir de ese momento, el tratamiento deja de ser lícito, debiendo el suministrador cesar en el mismo.

Los efectos contractuales de esta revocación no se han regulado expresamente en la DCSD. No obstante, el legislador español sí ha tenido en cuenta esta circunstancia regulando expresamente las consecuencias de la retirada o revocación del consentimiento del consumidor en estos supuestos. Así, en el art. 119 ter, apartado 7 TRLGDCU se establece que: «El ejercicio por el consumidor o usuario de su derecho a retirar su consentimiento u oponerse al tratamiento de datos personales permitirá que el empresario resuelva el contrato siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte. En ningún caso el ejercicio de estos derechos por el consumidor supondrá el pago de penalización alguna a su cargo». De esta forma, se concede la posibilidad al empresario de resolver el contrato dejando de prestar el servicio o suministrar el contenido en ese momento. De esta regulación puede extraerse, igualmente, que si el servicio o el contenido ya está completamente suministrado, no podrá el prestador resolver el contrato y solicitar la devolución de lo ya ejecutado. Por otro lado, deberán aplicarse, con las debidas adaptaciones, las normas reguladoras de los efectos de la resolución contractual contenidas en el art. 119 ter TRLGDCU⁴⁹.

En concreto, respecto a los datos personales y de acuerdo con lo establecido en el RGPD, el consumidor tendrá el derecho de acceso (art. 15 RGPD)⁵⁰, supresión (art. 17 RGPD)⁵¹ y

⁴⁸ En concreto dispone el art. 7.3 RGPD que: «El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo». El propio considerando 39 DCSD determina que el derecho del consumidor a retirar su consentimiento para el tratamiento de datos personales debe aplicarse plenamente también en relación con los contratos regulados por la presente Directiva. Igualmente, el derecho del consumidor a resolver el contrato debe entenderse sin perjuicio del derecho del consumidor con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 a retirar cualquier consentimiento otorgado al tratamiento de los datos personales del consumidor.

⁴⁹ Señaladamente, aquellas referentes a la obligación de abstención de uso de los datos personales y de los contenidos generados por el usuario al utilizar los contenidos o servicios digitales y el derecho de este a recuperar los contenidos digitales que haya creado al utilizar los contenidos o servicios digitales sin cargo alguno, sin impedimentos por parte del empresario, en un plazo razonable y en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente. Por su parte, el suministrador podrá impedir al consumidor o usuario cualquier uso posterior de los contenidos o servicios digitales, en particular, haciendo que estos no sean accesibles para el consumidor o usuario o inhabilitándole la cuenta de usuario.

⁵⁰ El derecho de acceso se define como aquel que tiene el interesado a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales y a determinada información contenida en las letras a-h del art. 15 RGPD. Asimismo, el interesado tiene derecho a una copia de los datos personales objeto de tratamiento.

⁵¹ El derecho de supresión, conocido por derecho al olvido, es el derecho del interesado a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo; b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad; c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2; d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente; e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento; f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.

portabilidad (art. 20 RGPD)⁵². Estos derechos los tendrá el consumidor cualquiera que sea la causa de terminación del contrato⁵³.

En resumen, la principal novedad en orden a la protección del consumidor que paga con sus datos personales es la posibilidad de exigir la puesta en conformidad del objeto del contrato, remedio hasta ahora exclusivo del consumidor que pagaba un precio en dinero. En efecto, el remedio resolutorio no ofrece ninguna ventaja añadida a la que ya se obtiene por la retirada de su consentimiento que le concede el RGPD, pues el que puede lo más (dejar de cumplir su prestación por su sola voluntad sin alegar causa alguna), puede evidentemente lo menos (resolver el contrato por incumplimiento que, además, en este caso, no ha de tener la gravedad que sí se exige en el supuesto en el que el consumidor paga un precio en dinero, como veremos más adelante). Además, en caso de incumplimiento por parte del suministrador, el consumidor podrá exigir una indemnización de daños que sean consecuencia de dicho incumplimiento. Este remedio indemnizatorio no se encuentra regulado en la Directiva, aunque se reconoce en el considerando 73 de la misma⁵⁴ y está previsto expresamente en el art. 116.2 TRLGDCU⁵⁵.

En definitiva, los contratos de suministro de contenidos digitales que se ofrezcan a cambio de obtener datos personales del consumidor estarán regidos en cuanto al consentimiento del titular de los datos y la revocación del mismo, por el RGPD. Además, el consumidor tendrá derecho a la puesta en conformidad y a la indemnización de daños, lo que supone sin duda el verdadero paso de la normativa en orden a proteger el interés del mismo aun cuando no haya pagado un precio en dinero.

⁵² El derecho a la portabilidad de los datos consiste en recibir los datos personales que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado, cuando: a) el tratamiento esté basado en el consentimiento con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), o en un contrato con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), y b) el tratamiento se efectúe por medios automatizados.

⁵³ CÁMARA LAPUENTE, «Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales», en ARROYO AMAYUELAS/CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 143. SÉNÉCHAL, «Article 16(2) of the Digital Content and Digital Services Directive on the Consequences of Termination of Contract or the difficult articulation between Union Law on Consumer contract and Union Law on the protection of personal data», en *Data as counter-performance-Contract Law 2.0?*, Baden-Baden, 2020, p.148.

⁵⁴ En efecto, el considerando 73 dispone lo siguiente: «El principio de la responsabilidad del empresario por daños y perjuicios es un elemento esencial de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales. Por tanto, el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de perjuicios debidos a una falta de conformidad o a un incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales. La indemnización debe situar al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad. Dado que ese derecho a indemnización por daños y perjuicios ya existe en todos los Estados miembros, la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales sobre compensación de los daños y perjuicios causados a los consumidores por el incumplimiento de dichas normas» (el resaltado es nuestro). La propuesta de Directiva de 2015 sí regulaba expresamente esta cuestión en su art. 14.1 que expresamente establecía lo siguiente: «El proveedor será responsable ante el consumidor por cualquier daño económico ocasionado al entorno digital del consumidor debido a una falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales o a un incumplimiento en el suministro de los mismos. La indemnización por daños y perjuicios pondrá al consumidor en una posición lo más similar posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado de conformidad con el contrato».

⁵⁵ Dispone el art. 116 TRLGDCU lo siguiente: «En todo caso, el consumidor o usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad».

5. Conformidad de los contenidos y servicios con el contrato

El núcleo de la Directiva se encuentra en el régimen jurídico del cumplimiento y en el sistema de remedios disponibles para el consumidor en los casos en los que el proveedor del contenido no cumpla con su prestación. El régimen jurídico contenido en la misma se ha incorporado al título IV TRLGDCU titulado «Garantías y servicios posventa». En este se incluyen las normas de cumplimiento y los derechos del consumidor ante el incumplimiento, tanto para la compraventa de bienes como para los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales.

Comenzaremos con el estudio de los requisitos o parámetros para determinar la conformidad de los contenidos digitales. Posteriormente, analizaremos el sistema de remedios de los que dispone el consumidor en los distintos supuestos de incumplimiento contractual.

5.1. Cumplimiento de la obligación de entrega

El art. 5 DCSD regula la obligación de suministro de los contenidos o servicios digitales, lo que constituye la obligación principal del empresario. La norma concreta, por un lado, en qué momento ha de cumplir el empresario y, por otro, cuando se entiende cumplida esta obligación en función de las instalaciones elegidas para el suministro. En nuestro ordenamiento, es el art. 66 bis TRLGDCU el que regula la obligación de suministro de los contenidos. Veamos la regulación de ambos preceptos y si hay alguna diferencia reseñable.

En primer lugar, el art. 5 DCSD dispone que el suministrador deberá entregar los bienes o proveer el servicio en el plazo pactado en el contrato. Teniendo en cuenta la naturaleza de estos, lo normal es que la realización de la prestación se prevea en un plazo relativamente corto de tiempo e incluso inmediatamente después de su perfección⁵⁶. En el caso de que no se haya fijado un plazo, el proveedor deberá cumplir con su obligación «sin demora indebida» tras la celebración del contrato. Por su parte, el art. 66 bis.1 TRLGDCU igualmente prevé que se suministren sin demora indebida, salvo que las partes acuerden otra cosa.

En cualquier caso, el legislador europeo (y en consecuencia el español) ha preferido no imponer un plazo de cumplimiento dada la diversidad de contenidos y servicios digitales existentes en el mercado, lo que determina que cada uno puede requerir su tiempo de ejecución. Habrá que estar, por tanto, al caso concreto, para determinar si ha ejecutado en plazo o si existe un retraso indebido en el suministro.

En segundo lugar, el art. 66 bis.1 TRLGDCU (al igual que el art.5.2 DCSD) establece los criterios para determinar cuándo se entiende cumplida la obligación de suministro. Al respecto dispone que el empresario habrá cumplido cuando el contenido o el medio para descargarlo hayan sido puesto a disposición del consumidor o sea accesible y el servicio sea accesible para el consumidor o para la instalación física o virtual elegida por él.

Sobre esta cuestión, el considerando 41 DCSD realiza una serie de aclaraciones que merece la pena indicar. Por un lado, dispone que son accesibles o están disponibles cuando hayan llegado al entorno del consumidor y no sean necesarios otros actos del empresario para que el

⁵⁶ Piénsese, por ejemplo, en la contratación de un servicio de almacenamiento en la nube en el que lo normal es que una vez perfeccionado el negocio, el consumidor pueda acceder al espacio virtual para almacenar sus documentos.

consumidor pueda empezar a utilizarlos conforme al contrato. Se distinguen en este supuesto básicamente dos casos, a saber: que la instalación física o virtual haya sido elegida por el consumidor o que haya sido elegida o impuesta por el empresario.

En el primer caso, el empresario cumple cuando suministre los contenidos al tercero que gestione la instalación física o virtual elegida por el consumidor. Así, por ejemplo, cuando envíe el contenido digital al correo electrónico del consumidor cuando ha sido esta la opción elegida por el cliente para recibir la prestación. En el segundo caso, este es, que sea el empresario el que haya impuesto la instalación para recibir el contenido, será necesario que el consumidor pueda acceder al contenido o servicio para que se entienda cumplida la obligación de suministro.

Finalmente, si el empresario no suministra los contenidos digitales en el plazo fijado contractualmente o sin demora indebida, el art. 13 DCSD emplaza al consumidor a que solicite al empresario el suministro sin demora indebida o conforme a un plazo adicional que las partes expresamente acuerden. Si en este caso sigue sin suministrar el contenido o servicio, el consumidor podrá resolver el contrato. Por su parte, el art. 66 bis.2, párrafo segundo TRLGDCU dispone igualmente que: «En el caso de que el empresario no cumpla su obligación de suministro, el consumidor o usuario podrá solicitar que le sean suministrados los contenidos o servicios digitales sin demora indebida o en un período de tiempo adicional acordado expresamente por las partes». De esta forma, se articula como una potestad del consumidor el conceder un plazo adicional al empresario, sin que se halle obligado a ello⁵⁷.

Respecto a la obligación de entrega de los contenidos incorporados a un soporte material, se aplica el art. 66 bis. 1 párrafo primero TRLGDCU que dispone que: «Salvo que las partes acuerden otra cosa, el empresario entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor o usuario, sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato». Aquí sí se fija un plazo máximo en el que ha de cumplir el suministrador, sin perjuicio de que el contrato puede establecer otro (que en ningún caso podrá ser mayor). Además, el art. 66 bis.2 párrafo primero TRLGDCU dispone que si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor o usuario lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. En este supuesto, por tanto, se exige que el consumidor conceda un nuevo plazo al empresario para el cumplimiento de su obligación, estableciéndose una regulación más estricta antes de proceder a la resolución del contrato por incumplimiento.

En definitiva, el empresario debe cumplir su obligación principal (suministro del contenido o servicio) de acuerdo con el plazo pactado en el contrato, sin demora indebida o en el plazo máximo de 30 días (si se facilita en un soporte material). Si no lo hace, el consumidor podrá resolver el contrato, siempre que se hayan cumplido las condiciones descritas.

⁵⁷ No obstante, podrá resolver inmediatamente el contrato (sin necesidad de realizar el aviso anterior) en dos supuestos: cuando el empresario haya declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no suministrará los contenidos o servicios digitales y en los casos en los que el consumidor y el empresario hayan acordado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que para el consumidor era esencial que el suministro se produjera en un momento determinado y el empresario no haya entregado los contenidos o servicios digitales en ese momento como muy tarde (art. 66 bis 3 TRLGDCU y art. 13.2 DCSD). De esta forma, en los supuestos en los que el empresario manifiesta expresa o implícitamente su voluntad de no cumplir, o cuando el contrato estuviese sometido a un término esencial determinado (o que pudiera deducirse de las circunstancias), el consumidor podrá resolver el negocio inmediatamente.

5.2. Requisitos de conformidad

El régimen jurídico de la Directiva se centra fundamentalmente en concretar los requisitos de conformidad que han de reunir los contenidos o servicios suministrados y los remedios que tiene el consumidor para el caso de que estos no sean conformes según dichos criterios. La Directiva utiliza el parámetro de la conformidad de los bienes o servicios, siguiendo en este punto el término ya consolidado por la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE nº171, de 7.7.1999), aunque adecuándolo, como veremos, a la naturaleza de los bienes y servicios digitales en cuestión⁵⁸. Sobre esta regulación es de destacar que, por primera vez, se utiliza este criterio para determinar cuándo ha existido un cumplimiento exacto de la prestación de un servicio, lo que consideramos un acierto del legislador europeo con el que se logra un régimen uniforme para todos los productos digitales que se ofertan en el mercado.

Los contenidos o servicios digitales han de suministrarse de acuerdo con los criterios de conformidad establecidos en los artículos 7 y 8 DCSD. El art. 7 regula los denominados requisitos subjetivos refiriéndose con ellos a la adecuación entre lo entregado y lo descrito en el contrato celebrado entre las partes. El art. 8 regula los requisitos objetivos, estos son, los criterios legales de cumplimiento de la prestación, con independencia de lo que se haya establecido expresamente en el acuerdo celebrado⁵⁹.

En concreto, en nuestro ordenamiento, dispone el art. 115 TRLGDCU que: «Los bienes, los contenidos o servicios digitales que el empresario entregue o suministre al consumidor o usuario se considerarán conformes con el contrato cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación siempre que, cuando corresponda, hayan sido instalados o integrados correctamente, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 117». Más específicamente, los requisitos están regulados en el art. 115 bis TRLGDCU (requisitos subjetivos) y art.115 ter TRLGDCU (requisitos objetivos).

Hay que tener en cuenta que el momento para determinar la conformidad del contenido o servicio será, en los casos de contratos de tracto único, en el momento de suministro (art. 11.2 DCSD)⁶⁰. En los supuestos de suministro continuo, los criterios de conformidad deberán cumplirse durante todo ese periodo (art. 11.3 DCSD)⁶¹. Veamos más detalladamente cada uno de ellos.

⁵⁸ Como es perfectamente sabido, la Directiva 1999/44/CE introdujo estos parámetros para las ventas de consumo, criterio que tiene su origen en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980 (BOE nº 26, de 30.1.1991).

⁵⁹ Las reglas de conformidad han cambiado en la versión definitiva de la Directiva respecto de la Propuesta de Directiva de 2015 (COM 2015/0634). En esta sólo se aplicaban los requisitos objetivos de conformidad en los casos en los que el contrato no estableciera de forma clara y comprensible los requisitos aplicables (art. 6. 2). Estimamos que este cambio resulta, sin duda, un acierto por parte del legislador teniendo en cuenta que las cláusulas que regulan los requisitos de conformidad no serán negociadas de forma que, siguiendo el criterio de la Propuesta, siempre que hubiera transparencia el empresario podía determinar libremente el nivel de calidad de su prestación, lo que suponía, sin duda, un claro riesgo de menoscabar las legítimas expectativas del consumidor.

⁶⁰ Así, se establece en el precepto que: «Cuando un contrato establezca un único acto de suministro o una serie de actos individuales de suministro, el empresario será responsable por cualquier falta de conformidad, con arreglo a los artículos 7, 8 y 9, de los contenidos o servicios digitales que exista en el momento del suministro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8, apartado 2, letra b)».

⁶¹ Dispone el art. 11.3 DCSD que: «Cuando el contrato establezca el suministro continuo durante un período, el empresario será responsable por una falta de conformidad con arreglo a los artículos 7, 8 y 9 que se produzca o se

a. Requisitos subjetivos

Como acabamos de indicar, estos requisitos son aquellos establecidos expresamente en el contrato. Se trata, en nuestra opinión, de una regulación en cierta medida intrascendente pues, como es sabido, no resulta una novedad en el marco del Derecho contractual, la obligación por parte del suministrador de cumplir conforme a lo establecido expresamente en el negocio celebrado. Sí interesa, sin embargo, como enumeración de las características y cualidades de los contenidos y/o servicios digitales, sin duda útil para fijar los parámetros de cumplimiento. En cuanto a los criterios, se pueden clasificar en tres grupos diferentes:

a) Características principales de los contenidos digitales descritas en el contrato. En primer lugar, se dispone que los contenidos digitales han de ser acordes con la descripción, cantidad, calidad y han de poseer la funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad y demás características establecidas en el contrato (art. 115 bis, letra a) TRLGDCU y art. 7, letra a) DCSD). Además, el art. 115 bis TRLGDCU añade un criterio más, este es, ajustarse al «tipo de bien», no expresamente contemplado en la DCSD, aunque sí en el art. 6.1 a) de la Directiva 771/2019.

En cuanto a la cantidad y calidad, la determinación se realizará en función de la naturaleza del contenido o servicio, por lo que no es posible, en principio, su explicación concreta en una norma generalista como pretende ser esta, dada la diversidad de contenidos digitales que existen en el mercado. Así, la cantidad puede ser, por ejemplo, el número de archivos musicales a los que se puede acceder y la calidad puede referirse a la resolución de las imágenes (considerando 42 DCSD).

La funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad están definidas en el art. 2 DCSD y el art. 59 bis TRLGDCU. En concreto, se refiere a ellas de la siguiente manera:

La funcionalidad se define como la capacidad de los contenidos o servicios digitales de realizar sus funciones teniendo en cuenta su finalidad. Es decir, deberán ser aptos para los fines establecidos en el contrato (art. 59 bis, letra l) TRLGDCU). Así, un servicio de almacenamiento en la nube deberá poseer la capacidad y funciones necesarias para la subida de los archivos del consumidor.

La compatibilidad es la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con los aparatos (hardware) o programas (software) con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, sin necesidad de convertir los contenidos o servicios digitales (art. 59 bis, letra c) TRLGDCU).

Y, por último, la interoperabilidad es la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con aparatos (hardware) o programas (software) distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, de forma que el consumidor ha de conocer los entornos (fuera de los comúnmente establecidos) en los que pueden funcionar los contenidos digitales contratados (art. 59 bis, letra ñ) TRLGDCU).

b) Aptos para los fines expresamente declarados por el consumidor y aceptados por el empresario. Se refiere este supuesto a un requisito claramente subjetivo, pues se trata del

manifieste dentro del período durante el cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales con arreglo al contrato».

establecido por acuerdo expreso entre las partes (art. 1115 bis, letra b) TRLGDCU y art. 7.b DCSD))

c) Suministrados junto a todos los accesorios e instrucciones (art. 1115 bis, letra c) TRLGDCU y art. 7.c DCSD). En concreto, las instrucciones resultan especialmente relevantes en este tipo de contratación en el que en la mayoría de los casos el consumidor no será un especialista. Se incluyen igualmente las instrucciones en materia de instalación o integración y asistencia al consumidor y usuario según disponga el contrato. Igualmente deberán contar con las actualizaciones, según disponga el contrato (art. 1115 bis, letra d) TRLGDCU). En cuanto a la actualización, se encuentra más desarrollada en el siguiente artículo que regula los parámetros legales de conformidad.

Llama la atención que el legislador no se haya referido a la seguridad que los contenidos digitales han de ofrecer según lo establecido en el contrato. Este aspecto resulta, sin duda, bastante trascendente teniendo en cuenta que la falta de una adecuada seguridad en los mismos puede dañar los equipos del usuario u otros contenidos. Igualmente, se ha de tener en cuenta la seguridad en cuanto al acceso y/o difusión a terceros de los contenidos del consumidor en el uso de determinados servicios digitales (almacenamiento en la nube, aplicaciones bancarias, etc.). Entendemos, en cualquier caso, que este aspecto puede estar incluido en el más general de la calidad (que sí está expresamente previsto en la norma, como hemos visto), de tal forma que la falta de seguridad expresamente establecida en el contrato podrá dar lugar a una falta de conformidad y, según el caso, podrá justificar la resolución del contrato por su gravedad. Esta característica sí se encuentra dentro de los requisitos objetivos (parámetros legales) que veremos a continuación.

En cualquier caso, el contrato celebrado será un contrato de adhesión de forma que su contenido será impuesto por el profesional sin que haya habido una negociación sobre las características que haya de reunir el contenido o servicio contratado⁶². Precisamente, puesto que es el proveedor el que redacta el contrato, ha podido relajar estos criterios a su conveniencia. En efecto, existe cierto peligro en que sea demasiado laxo o inconcreto en la determinación de los requisitos, características y funcionalidades que han de poseer los contenidos suministrados⁶³. De esta forma entendemos que ante la redacción un tanto generalista y, por ende, menos comprometida del suministrador, actúan determinados límites, estos son, la integración en el contrato con la información precontractual⁶⁴ y los denominados por la DCSD como requisitos objetivos de acuerdo con el art. 8 DCSD y art.115 ter TRLGDCU. Veamos a continuación cuáles son estos.

⁶² De esta forma, como manifiesta CÁMARA LAPUENTE (2016, p. 28), el consentimiento del consumidor sobre los requisitos establecidos en el contrato será meramente formal (aunque vinculante) y, en consecuencia, cabría mejor hablar de parámetros contractuales (frente a los parámetros legales definidos en la Directiva como «requisitos objetivos de conformidad»).

⁶³ El considerando 45 DCSD hace expresa referencia a esta posibilidad cuando establece que «para ser conformes y garantizar que los consumidores no se vean privados de sus derechos, por ejemplo, en aquellos casos en que el contrato establezca cláusulas muy poco estrictas, los contenidos o servicios digitales deben cumplir no solo los requisitos subjetivos de conformidad, sino que además deben cumplir los requisitos objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva».

⁶⁴ El propio considerando 42 hace mención expresa a la integración del contrato con la información precontractual suministrada de acuerdo con lo establecido en la Directiva 2011/85/CE. En nuestro ordenamiento, art. 61.2 TRLGDCU que dispone que: «El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores

b. Requisitos objetivos

Los denominados «Requisitos objetivos para la conformidad» son aquellos criterios legales de determinación del cumplimiento de la obligación por parte del proveedor regulados en el art. 8 DCSD y 115 ter TRLGDCU. El requisito legal de conformidad tiene como objetivo fundamental fijar unos parámetros mínimos sobre la calidad y adecuación de los bienes o servicios entregados, sin necesidad de recurrir a una negociación expresa sobre esta cuestión o a la redacción específica de los mismos en el acuerdo celebrado. Al igual que los requisitos subjetivos, estos parámetros se han configurado de forma general y abstracta, con el fin de que puedan ser adaptados a bienes o productos de muy diversa naturaleza⁶⁵.

En primer lugar, se determina que el contenido o servicio digital suministrado deberá cumplir las normas que sean de aplicación en virtud de legislación específica o códigos de conducta del sector (art. 115 ter letra a) TRLGDCU y art. 8.1 a DCSD)). Así, por ejemplo, y aunque no se establezca expresamente en el contrato, el empresario tendrá que cumplir las normas relativas a la protección de los datos personales del consumidor establecidas en el RGPD⁶⁶. También deberá cumplir las normas sobre propiedad intelectual, garantizando que el consumidor pueda disfrutar de los contenidos suministrados. Al respecto, el propio 117.2 TRLGDCU (art. 10 DCSD) establece expresamente que será considerada una falta de conformidad cuando una restricción derivada de la vulneración de derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual, impida o limite el uso de los contenidos o servicios digitales.

En segundo lugar, el contenido o servicio ha de poseer la calidad y corresponder con la descripción de la muestra o modelo del bien o ser conformes con la versión de prueba o vista previa del contenido o servicio digital que el empresario hubiese puesto a disposición del consumidor o usuario antes de la celebración del contrato (art. 115 ter letra b) TRLGDCU).

Por último, se han fijado como criterios conceptos jurídicos indeterminados como la adecuación de los contenidos y servicios a los fines a los que normalmente se destinen aquellos del mismo tipo (art. 115 ter letra a) TRLGDCU y art. 8.1 b DCSD). Igualmente, estos deben presentar la cantidad, calidad y características de funcionamiento en particular respecto de la funcionalidad, compatibilidad, accesibilidad, continuidad y seguridad, que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los contenidos o servicios digitales (art.115 ter letra d) TRLGDCU y art. 8.1 b DCSD). Igualmente, se impone que se suministren junto con cualesquiera accesorios e instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir (art. 115 ter letra b) TRLGDCU y art. 8.1 c DCSD).

Este criterio se fija objetivamente, teniendo en cuenta la finalidad de los contenidos, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes (considerando 46 DCSD). Además, para determinar lo que el consumidor puede esperar, la propia norma establece un parámetro (no

y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato».

⁶⁵ TWIG-FLESNER, «Conformity of goods and Digital content/digital Services», en ARROYO AMAYUELAS/CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 52.

⁶⁶ En concreto, el considerando 48 DCSD determina que los hechos que den lugar a una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el RGPD, incluidos principios básicos como los relativos a la minimización de datos, la protección de datos desde el diseño y la protección de datos por defecto, pueden considerarse, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la Directiva.

excluyente de otros que se pudieran usar) que es cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, especialmente en la publicidad o el etiquetado.

Efectivamente el consumidor podrá razonablemente esperar (y exigir en consecuencia) que el contenido o servicio digital tenga las prestaciones normales, entendiendo por tales las que se encuentran en los bienes/servicios de esa categoría. Así, por ejemplo, que una aplicación de almacenamiento en la nube ofrezca la seguridad apropiada, realice copias de seguridad, pueda albergar tipo de documentos comunes, etc. serán prestaciones exigibles por ser las comúnmente ofrecidas por estos proveedores.

Respecto a las declaraciones públicas o la publicidad, sabemos que vinculan al empresario de forma que estas integran el contenido contractual. Existen, sin embargo, tres excepciones contempladas en la normativa⁶⁷.

En primer lugar, no quedará vinculado si el empresario demuestra que desconocía tal declaración pública y no cabía razonablemente esperar que la conociera (art. 115 ter.1 d) 1º TRLGDCU art. 8.1 b) i DCSD). Entendemos que esta excepción será sólo aplicable en el supuesto de que dicha declaración se haya realizado por otras personas distintas del propio empresario o sus representantes. Cabe entender que desconoce dicha declaración si la realiza una persona, por ejemplo, en su *blog* recomendando el producto o en una opinión que usualmente se solicita a los clientes.

En segundo lugar, si en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo modo en el que había sido realizada o de modo similar (art. 115 ter.1 d) 2º TRLGDCU y art. 8.1 b) ii DCSD). Excepción que entendemos razonable y que en la mayoría de los casos se deberá a un error en la declaración.

La última excepción alude al supuesto de que demuestre que la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir los contenidos o servicios digitales (art. 115 ter.1 d) 3º TRLGDCU y art. 8.1 b) iii DCSD). Sin duda, resulta sorprendente esta excepción pues supone una clara incoherencia con la integración de la oferta y publicidad en el contrato (art.61.2 TRLGDCU). Como es sabido, la buena fe objetiva impone el cumplimiento de todas las declaraciones hechas en la etapa precontractual, ya sea en la publicidad o en la información dada antes de la conclusión del contrato, con independencia de que estas hayan influido o no en el momento de contratar el bien o servicio. Con esta excepción se produce la incongruencia de que algunos consumidores podrán exigir una prestación específicamente contemplada en la publicidad y otros no por el solo hecho de que no la contemplaron al realizar el negocio. En cualquier caso, será el empresario el que deba demostrar esta circunstancia para desvincularse de la declaración pública, cuestión sin duda complicada teniendo en cuenta que la mayoría de estos contratos se realizan a distancia y por vía electrónica, lo que impedirá al empresario conocer las razones que mueven a sus clientes a contratar o lo que tuvieron o no en cuenta para hacerlo.

⁶⁷ Las excepciones contempladas son prácticamente las mismas que las previstas en la Directiva 1999/44/CE, en cuyo art. 2.4 se establecía lo siguiente: «El vendedor no quedará obligado por las declaraciones públicas contempladas en la letra d) del apartado 2 si demuestra: que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de la celebración del contrato, o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el bien de consumo». Igualmente, el art. 7.2 Directiva 771/2019.

Por último, determina el art.115 ter. 6 TRLGDCU (art. 8.6 DCSD) que los contenidos o servicios digitales deberán ser siempre suministrados de conformidad con la versión más reciente, salvo que las partes lo hayan acordado de otro modo. Aquí una vez más debemos hacer referencia al carácter impuesto de este contrato, de forma que la decisión de suministrar la versión más reciente de los contenidos o servicios será, a la postre, del empresario. En cualquier caso, el suministro deberá realizarse en la versión más actualizada si no se establece nada expresamente y, por supuesto, siempre de acuerdo con lo que el consumidor puede razonablemente esperar⁶⁸.

c. Integración incorrecta

La integración se define en el art. 59 bis, letra n) TRLGDCU como la conexión e incorporación de los contenidos o servicios digitales con los componentes del entorno digital del consumidor para que los contenidos o servicios digitales se utilicen con arreglo a los requisitos de conformidad (art. 2.4 DCSD). Como expresamente prevé el art. art. 115 quater TRLGDCU (art. 9 DCSD), la integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales será considerada una falta de conformidad si los contenidos fueron integrados por el empresario o bajo su responsabilidad o si, aun siendo integrados por el consumidor, el defecto se debió a deficiencias en las instrucciones proporcionadas por el empresario.

Se aplica a los casos en los que es precisa una instalación o conexión para poder disfrutar de los contenidos digitales (así, por ejemplo, descargar un programa en el ordenador del consumidor) y se trata de la traducción al entorno digital de la denominada *cláusula Ikea* prevista en la Directiva 1999/44/CE para los bienes de consumo⁶⁹.

d. Falta de conformidad por vulneración de derechos de terceros

El art. 117. 2 TRLGDCU (art. 10 DCSD) prevé un supuesto concreto de falta de conformidad por vulneración de derechos de terceros. En concreto, dispone el precepto mencionado que «cuando a consecuencia de una vulneración de derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual, se impida o limite la utilización de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, el consumidor o usuario podrá exigir igualmente las medidas correctoras previstas en el apartado anterior, salvo que una ley establezca en esos casos la rescisión o nulidad del contrato». Se ha de aclarar, en primer lugar, que esta norma no pretende regular cuestiones sobre derechos de autor u otras limitaciones sobre contenidos digitales de Derecho público o privado, que se regirán por su propia normativa⁷⁰. Se trata, exclusivamente, de regular las

⁶⁸ Así, por ejemplo, puede tenerse en cuenta el precio del contenido o servicio para determinar si cabe esperar la versión más actual del mismo.

⁶⁹ En efecto, el art. 2.5 de la Directiva 1999/44/CE disponía que: «La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del bien de consumo se presumirá equiparable a la falta de conformidad del bien cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa del bien y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad. Esta disposición también será aplicable cuando se trate de un bien cuya instalación esté previsto que sea realizada por el consumidor, sea éste quien lo instale y la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación». Del mismo modo, el actual art. 8 Directiva 771/2019.

⁷⁰ Señaladamente, sobre derechos de autor, la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DOCE núm. 167, de 22.6.2001) y la Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (DOUE n° 130, de 17.5.2019).

consecuencias jurídicas de la existencia de un vicio jurídico en el contenido digital que impida o limite su uso al consumidor.

Se introduce por primera vez este supuesto de falta de conformidad jurídica en una Directiva de la Unión Europea (también previsto en el art. 9 de la Directiva 771/2019)⁷¹. En concreto, en el caso del ordenamiento jurídico español, se acerca a los supuestos de evicción y gravámenes ocultos regulados en sede de compraventa.

No cabe duda de la especial relevancia que tiene esta previsión en el contrato de suministro de contenidos digitales pues, en la mayoría de los casos, estos estarán sujetos a derechos de terceros y, más concretamente, a derechos de propiedad intelectual⁷². De esta forma, el proveedor del contenido deberá contar con las licencias o permisos necesarios para que el consumidor pueda hacer uso del mismo de acuerdo con lo establecido en el contrato y conforme a lo que pueda razonablemente esperar (considerando 53 DCSD)⁷³.

Respecto a los presupuestos necesarios para que surja la responsabilidad del comerciante, es necesario, en primer lugar, la existencia de un derecho que limite o impida el uso del consumidor. El legislador europeo no ha definido el derecho o derechos que pudieran afectar al uso del contenido o servicio digital. Lo decisivo será que el tercero pueda hacer valer dicho derecho frente al consumidor⁷⁴. Serán, fundamentalmente, los derechos de propiedad intelectual los que principalmente se invoquen por terceros ajenos al contrato (así, por ejemplo, se ofrece la descarga de una película sobre la que no se ha obtenido las correspondientes permisos).

En segundo lugar, dicho derecho debe impedir o limitar el uso del contenido o servicio por parte del consumidor. También se incluye el supuesto en el que el consumidor no pueda acceder legítimamente al contenido digital (considerando 54 DCSD).

Sobre esta cuestión conviene tener en cuenta la jurisprudencia del TJUE sobre los denominados «actos de puesta a disposición al público», regulados en el art. 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DOCE núm. 167, de 22.6.2001)⁷⁵. Así, por ejemplo, se

Sobre la protección de los programas de ordenador, la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre la protección jurídica de programas de ordenador (DOUE núm.111, de 5.5.2009).

⁷¹ Efectivamente, la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE n°171, de 7.7.1999), no contenía ninguna previsión al respecto, dejando esta cuestión a los distintos ordenamientos nacionales.

⁷² ROSENZKRANZ (2020, p. 185). Sobre los distintos contenidos digitales disponibles en Internet y su consideración como «obras» protegidas por la propiedad intelectual véase APARICIO VAQUERO, «Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales», *Indret* 3/2016, pp. 7 y 8.

⁷³ En cualquier caso, tal y como expresamente se dispone en el considerando 53 DCSD, el empresario puede eludir estos requisitos si antes de la celebración del contrato, informa específicamente al consumidor y este acepta de forma expresa y por separado dicha divergencia, con las limitaciones que veremos más adelante (supuesto previsto en el art. 115 ter. 5 TRLGDCU y art.8.5 DCSD) Véase *infra*. Apartado f.

⁷⁴ ROSENZKRANZ, «Article 10», en SCHULZE/ STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article by article Commentary*, Nomos, Baden Baden, 2020, p. 189.

⁷⁵ Se considera un acto de comunicación al público aquel acto que contiene dos elementos acumulativos: por un lado, un acto de comunicación de una obra y, por otro lado, la comunicación de esta obra a un público, esto es, a un número indeterminado, pero considerable, de potenciales destinatarios.

ha establecido que el suministro al público mediante descarga de un libro electrónico para su uso permanente está comprendido dentro de «acto de comunicación al público» y más concretamente de «puesta a disposición al público de las obras», de forma que el proveedor deberá contar con la debida autorización del titular del derecho sobre la misma (STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Nederlands Uitgeversverbond*, C-263/18, EU:C:2019:1111)⁷⁶.

Igualmente, el art. 17 de la Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (DOUE nº 130, de 17.5.2019), regula la puesta a disposición al público de contenidos protegidos por aquellas plataformas que comparten contenidos en línea cargadas por sus usuarios. Al respecto, establece la obligación de obtener una autorización de los titulares de derechos a que se refiere el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2001/29/CE, por ejemplo, mediante la celebración de un acuerdo de licencia, con el fin de comunicar al público o de poner a su disposición obras u otras prestaciones. Con independencia de la responsabilidad frente a los titulares de los derechos de autor (art. 17 Directiva 2019/790), estas serán responsables, en virtud de la DCSD, frente a los consumidores cuando estos no puedan acceder a los mismos de forma legítima por no haber obtenido la oportuna licencia.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, este supuesto se identifica con una falta de conformidad, de tal forma que el consumidor podrá exigir las medidas correctoras reguladas en la normativa y que son la puesta en conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato⁷⁷. Asimismo, se ha establecido una cláusula abierta (incorporada por también por el legislador español) la cual permite que el consumidor pueda invocar la rescisión o nulidad del contrato⁷⁸. Dada la estricta regulación de la rescisión contractual en nuestro ordenamiento, cabría plantearse exclusivamente la nulidad del mismo basada en la ilicitud del objeto contractual o la causa, según el supuesto, aunque en nuestra opinión, ello no será lo más habitual. Lo previsible será que el consumidor no plantee una demanda de nulidad si no que se atenga a los remedios previstos en el TRLGDCU.

⁷⁶ En efecto, a diferencia del derecho de distribución sobre el que se produce el agotamiento de su titular (art. 4.2 Directiva 2001/29/CE), en el derecho de comunicación pública no ocurre lo mismo, de forma que habrá de obtener el permiso del titular del derecho en cuestión (art. 3.3 Directiva 2001/29/CE). En esta línea, ha de señalarse que las descargas *on line* de contenidos digitales no se han considerado como un supuesto de distribución al no encontrarse la obra en un soporte material, de forma que no hay un equivalente funcional de este acto con el de venta y entrega del soporte. No obstante, para los programas de ordenador la solución del TJUE ha sido diferente. En efecto, la conocida STJUE de 3 de julio de 2012, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, C-128/11, EU:C:2012:407, determinó que la descarga de programas de ordenador sí equivale a la venta de los mismos en un soporte material y, en consecuencia, en estos casos sí tenía lugar el agotamiento del derecho de su titular (una crítica sobre esta sentencia APARICIO VAQUERO, *Indret* 3/2016, pp. 19 y 20).

⁷⁷ Se ha de señalar que cuando el empresario no pueda poner los bienes en conformidad, por ejemplo, porque no pueda obtener la correspondiente licencia del titular, podrá acogerse a la cláusula de la imposibilidad prevista en el art. 118.3 TRLGDCU y art. 14.2 DCSD, debiendo optar el consumidor por la reducción del precio o la resolución contractual, según los casos.

⁷⁸ Cláusula que ha sido criticada por contradecir el objetivo principal de la Directiva cual es el de crear un cuerpo uniforme de reglas para estos contratos en la UE. En efecto, las reglas sobre rescisión o nulidad de los contratos y sus efectos difieren de un Estado Miembro a otro, de forma que en muchos casos el comerciante no conocerá de antemano las consecuencias de esta falta de conformidad, con la consecuente inseguridad jurídica que planteará a los proveedores de contenidos. ROSENZKRANZ *EU Digital Law. Article by article Commentary*, p. 197.

e. La obligación de suministrar las actualizaciones necesarias

Es una evidencia que en el mundo digital los contenidos y/o servicios se van desarrollando y evolucionando a una velocidad vertiginosa de forma que pueden quedar obsoletos en seguida. Igualmente, en muchos casos se ofrecen a través de licencias o con sistemas de seguridad que caducan transcurrido un tiempo. Es por ello que la actualización de estos bienes y servicios supone una prestación fundamental para que estos sigan funcionando y ofrezcan la seguridad, las cualidades y las características propias de su categoría. En atención a ello, el 115 ter.2 TRLGDCU (art. 8.2 DCSD) regula la obligación del empresario de suministrar al consumidor las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad de los contenidos o servicios digitales durante la vigencia del contrato y aquellas que el consumidor pueda razonablemente esperar de acuerdo con su naturaleza⁷⁹.

Respecto a esta obligación ocurre que la instalación de estas actualizaciones corresponde, en la mayoría de los casos, al consumidor, que debe dar los pasos necesarios para su establecimiento. De esta forma, dispone el 115 ter.3 TRLGDCU (art. 8.3 DCSD) que el empresario no será responsable de ninguna falta de conformidad causada únicamente por la ausencia de la correspondiente actualización, siempre que el empresario hubiese informado al consumidor acerca de la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias en caso de que el consumidor no la instalase, y el hecho de que el consumidor no instalase la actualización o no lo hiciera correctamente no se debiera a deficiencias en las instrucciones de instalación facilitadas por el empresario. Supone, pues, una carga para el consumidor de forma que si no la instala, no podrá hacer responsable al empresario por las faltas de conformidad derivadas de la falta de actualización, siempre que haya sido debidamente informado sobre las consecuencias de no hacerlo.

En definitiva, esta obligación de actualización, propia de los productos digitales, se erige como una cuestión esencial dentro del contrato con el fin de mantener la conformidad de los contenidos o servicios digitales. Se constituye asimismo como una carga del consumidor que deberá estar atento a su instalación y seguir las instrucciones dadas por el suministrador, con el riesgo de no poder reclamar por un defecto provocado por la falta de actualización.

Por último, en muchos casos será difícil distinguir entre meras actualizaciones y un nuevo producto. En efecto, el empresario será responsable de proporcionar al consumidor las actualizaciones necesarias pero no así nuevos contenidos o servicios que constituyan, por ejemplo, una versión más moderna y mejorada. En esta línea, proponen SEIN y SPINDLER que una de las cuestiones clave para su distinción podría referirse a los cambios fundamentales de la funcionalidad de un producto, y no sólo a la adición de una característica ligeramente nueva; en esta línea, si las funciones se han ampliado considerablemente puede concluirse que los consumidores se encuentran con un nuevo producto que no podrán reclamar bajo el amparo de este deber de actualización⁸⁰.

⁷⁹ Esta obligación se impone tanto en los contratos de tracto único como en los contratos de ejecución continuada. En el primero de ellos, siempre teniendo en cuenta lo que el consumidor pueda razonablemente esperar por el tipo y la finalidad de los contenidos o servicios digitales, y de acuerdo con las circunstancias y la naturaleza del contrato (art. 8.2, b DCSD). Estos criterios pueden determinar, asimismo, que en muchos casos no exista la obligación de actualización. Así, por ejemplo, manifiestan SEIN/SPINDLER, *European Review of Contract Law*, nº15, 2019, p. 369 que no será necesaria en los casos de compraventa de fotografías digitales entregadas al consumidor por email.

⁸⁰ SEIN/SPINDLER, *European Review of Contract Law*, nº15, 2019, p. 370.

f. El pacto de exclusión de los requisitos objetivos

Resulta especialmente trascendente la posibilidad prevista en el art. 115 ter. 5 TRLGDCU (art.8.5 DCSD) de que se excluya, por convenio, el régimen jurídico contenido en dicho precepto respecto a los requisitos objetivos de conformidad del contenido o servicio. Esta posibilidad no se preveía en el régimen de conformidad de la Directiva 1999/44/CE⁸¹, aunque sí se encuentra en la Directiva 2019/771 (art. 7.5).

La norma dispone expresamente que no habrá falta de conformidad cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad y el consumidor hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia en el momento de la celebración del contrato de compraventa.

Resulta bastante evidente el peligro que determina esta opción en orden a proteger el interés del consumidor en el contrato. Teniendo en cuenta que esta exclusión no será en ningún caso negociada, se corre el riesgo de que el empresario abuse de la misma, «sacando» del contrato alguna prestación o cualidad relevante o, al menos, normal para esa categoría de contratos, quedando por tanto exonerado de su cumplimiento. En cualquier caso, el legislador se ha asegurado de que el consumidor conozca esta exclusión exigiendo que, para que sea válida, ha tenido que ser aceptada de forma expresa y por separado en el momento de la celebración del contrato⁸².

En nuestra opinión, ante el evidente riesgo de abuso de esta facultad por parte de algún empresario, para que dicha exclusión sea efectiva deben operar ciertos límites. Así, en primer lugar, deberá exigirse que el contenido o servicio digital cumpla con las normas y reglas técnicas aplicables según la legislación y los códigos de conducta a los que esté adherido en empresario, de forma que en ningún caso el suministrador pueda excluir la normativa aplicable al contrato. En segundo lugar, el contenido suministrado o servicio prestado deberá ser siempre apto para los fines a los que normalmente se destinan los del mismo tipo, de forma que posea la funcionalidad, la interoperabilidad, compatibilidad y accesibilidad suficiente para que pueda ser usado por el consumidor conforme a su finalidad fundamental. En este sentido no cabe, en nuestra opinión, que se excluya algún requisito que desnaturalice el contenido o servicio, de forma que no pueda ser usado por el consumidor de acuerdo con su finalidad normal. Por último, al hablar de «una determinada característica», se puede interpretar que el legislador ha querido limitar esta facultad del empresario también cuantitativamente, de forma que no quepa excluir varias características derivadas de los requisitos objetivos, sino sólo alguna concreta que, en todo caso, no deberá impedir el uso del contenido conforme a su función normal de acuerdo con las expectativas razonables del consumidor.

⁸¹ De hecho, en nuestro régimen jurídico dicha cláusula sería nula por abusiva de acuerdo con el art. 86.1, párrafo segundo TRLGDCU, que dispone expresamente que serán abusivas «las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad».

⁸² Dispone el considerando 49 DCSD que ambas condiciones podrían cumplirse, por ejemplo, marcando una casilla, apretando un botón o activando una función similar. Como pone de manifiesto CÁMARA LAPUENTE, *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021, pp. 21 y 22, tanto la Directiva como la legislación española potencian los deberes de transparencia a cargo del empresario en este supuesto. Igualmente, cobra importancia también aquí el papel del control de transparencia de las cláusulas predispuestas que regulan el objeto contractual.

En definitiva, entendemos que esta opción debe operar para prestaciones que no impidan el uso del contenido de acuerdo con su naturaleza, aunque su eliminación suponga una menor calidad en el contenido o servicio suministrado. En esta línea, entendemos que hay que garantizar un nivel mínimo de adecuación entre los contenidos digitales suministrados y su finalidad típica en el mercado pues, en caso contrario, habrá que entender que existe una falta de conformidad, dando derecho al consumidor a los remedios previstos en la legislación.

6. Remedios

El régimen jurídico de los remedios, contenido en los arts. 13 y 14 DCSD y en los arts. 117 a 119 ter TRLGDCU, prevé un sistema jerarquizado y en función del tipo de incumplimiento del empresario. El fundamento de esta normativa es equilibrar los intereses de las partes en el contrato, de forma que el consumidor tenga que pasar, primero, por la puesta en conformidad antes de resolver el contrato o pedir una reducción del precio, remedios estos más gravosos, en principio, para el empresario⁸³.

No obstante, algunos autores han abogado por la supresión de esta jerarquía, de forma que se dé al consumidor la libertad para elegir entre los distintos remedios. En este línea, CÁMARA LAPUENTE argumenta que la opción de poder elegir entre los distintos remedios daría una importante arma de negociación al consumidor lo que elevaría los estándares de calidad y haría más activa la competencia⁸⁴. Igualmente, BEHAR-TOUCHAIS defiende un sistema más simple dando libertad al consumidor entre los distintos remedios sin imposición de condiciones, logrando así una protección más efectiva⁸⁵. También en nuestra opinión, esta solución hubiese sido sin duda la deseable. La libertad de elección del consumidor determina un fuerte incentivo para las empresas en orden a cumplir con su obligación. Igualmente, aporta mayor simplicidad a la regulación, lo que sin duda beneficia a ambas partes del contrato. En efecto, como veremos a continuación, la regulación de los remedios se encuentra compuesta por una serie de requisitos y excepciones interpretables, lo que determina que finalmente nos hallemos ante un sistema complejo que deberá ser descifrado por los jueces de cada Estado miembro, lo que repercutirá, sin duda, en la seguridad jurídica y la uniformización del Derecho regulador del Mercado Digital.

En cualquier caso, la jerarquía de remedios se ha impuesto finalmente de forma que existe un primer nivel en virtud del cual el consumidor deberá pedir la puesta en conformidad y, un segundo nivel, consistente en la reducción del precio o resolución del contrato, cuando el primero no se haya llevado a cabo. Además, en nuestro ordenamiento se prevé expresamente la indemnización de daños y perjuicios y la suspensión del pago del precio pendiente por parte del consumidor cuando el empresario no cumpla las obligaciones establecidas en la regulación (art. 117.1 TRLGDCU⁸⁶). Veamos cada uno de estos remedios, sus presupuestos y excepciones.

⁸³ ZOLL, *Journal of European Consumer and Market Law*, Volume 5, Issue 6, 2016, p. 251. Manifiestan sobre esta cuestión SEIN/SPINDLER, *European Review of Contract Law*, nº15, 2019, p. 375, que se trata de un compromiso razonable entre los ordenamientos con una jerarquía muy estricta (Alemania) frente a aquellos con una libertad de remedios (Polonia).

⁸⁴ CÁMARA LAPUENTE, *Indret* 3/2016, 2016, p. 27 y 55.

⁸⁵ BEHAR-TOUCHAIS, *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory, Challenges and Gaps*, p. 135.

⁸⁶ Dispone el precepto que: «El empresario responderá ante el consumidor o usuario de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien, contenido o servicio digital, pudiendo el consumidor o usuario, mediante una simple declaración, exigir al empresario la subsanación de dicha falta de conformidad, la

6.1. Medidas correctoras por incumplimiento de suministro

En primer lugar, el art. 13 DCSD regula el supuesto de falta de suministro de acuerdo con el art. 5, es decir, en el plazo establecido o sin demora indebida. En nuestro ordenamiento, esta cuestión se ha regulado en el art. 66 bis TRLGDCU que determina, como vimos anteriormente, las normas aplicables a la entrega o suministro de contenidos digitales.

La falta de suministro se trata de un supuesto de incumplimiento total de la obligación. En este caso, se requiere, como ya vimos, que se solicite expresamente al empresario el suministro, pudiendo conceder un plazo de tiempo adicional (aunque sin estar obligado a ello). De esta forma, si después de requerido el empresario, (o transcurrido dicho periodo adicional dado por el consumidor), continua sin cumplir con su prestación, el consumidor podrá resolver el contrato (art. 66 bis.2, párrafo tercero TRLGDCU). En este punto, existe una diferencia fundamental con el régimen establecido para el contenido digital que se suministra en un soporte material pues, como ya indicamos, en este caso sí existe la obligación del consumidor de conceder un plazo al empresario.

Por otro lado puede ocurrir que carezca de sentido solicitar el cumplimiento del contrato porque resulte evidente que el empresario no va a cumplir o porque estuviera sometido a un término esencial. En estos casos, el consumidor puede resolver el contrato sin exigir previamente el cumplimiento del mismo (art.66 bis.3 TRLGDCU, art. 13.2 DCSD).

Un supuesto parecido al de la falta de suministro puede ser el de las interrupciones en el suministro cuando el contrato es de ejecución continuada. En este supuesto, entendemos que cabría identificarlo con un incumplimiento total de la obligación por parte del empresario si estas interrupciones han impedido de facto y completamente disfrutar de los contenidos digitales desde el inicio del contrato. En otros casos, habría que determinar si estas se producen de forma más o menos continuada para establecer si procede la solicitud de puesta en conformidad o la reducción del precio.

Cabría cuestionarse también si en el caso de falta de suministro podría solicitar la ejecución del contrato y la reducción del precio, en su caso, por el retraso en el cumplimiento. Parece que esta solución es la más razonable teniendo en cuenta que se ha de proteger el interés en el cumplimiento (no sólo exacto) del contrato⁸⁷. Así también cabe deducirlo de la propia expresión del art. 13.1 DCSD y 66 bis.2 párrafo tercero TRLGDCU cuando dispone que el consumidor *tendrá derecho a resolver el contrato*, lo que parece que se ha regulado al margen de otros posibles remedios que puedan asistirle, como pedir el cumplimiento.

En definitiva, se regula el supuesto de incumplimiento definitivo de la obligación de forma que en este caso el consumidor puede dar por finalizado el acuerdo, produciéndose las consecuencias del art. 119 ter TRLGDCU (arts.15 a 18 DCSD) que veremos más adelante. También podrá solicitar, en nuestra opinión, la ejecución del contrato obligando al proveedor a suministrar el contenido digital.

reducción del precio o la resolución del contrato. En cualquiera de estos supuestos el consumidor o usuario podrá exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios, si procede. El consumidor o usuario tendrá derecho a suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio del bien o del contenido o servicio digital adquirido hasta que el empresario cumpla con las obligaciones establecidas en el presente título».

⁸⁷ Así también CÁMARA LAPUENTE, *Indret* 3/2016,2016, p. 83.

6.2. Medidas correctoras por falta de conformidad

Son tres los remedios que tiene a su disposición el consumidor en caso de una falta de conformidad del contenido o servicios suministrados. En primer lugar, la puesta en conformidad, en segundo lugar, la reducción proporcionada del precio y, por último, la resolución del contrato (art. 117.1 TRLGDCU y art. 14.1 DCSD). Veamos cada uno de ellos por separado.

a. Puesta en conformidad

Como podemos observar, el concepto de puesta en conformidad utilizado en esta Directiva es una noción más general que la clásicamente utilizada (y que continua en la Directiva 771/2019) de reparación y sustitución, remedios más específicos propios de los bienes muebles materiales. Es cierto que la misma se acomoda mejor a los bienes de esta naturaleza que no siempre han de ser estrictamente «reparados» o «sustituidos», sino sólo corregidos de forma que cumplan todos los requisitos objetivos y subjetivos de conformidad. En concreto, en nuestro ordenamiento se distingue igualmente entre los remedios en caso de compraventa de bienes (reparación y sustitución en virtud del art. 118.1 TRLGDCU) y aquellos específicos para el suministro de contenidos digitales (puesta en conformidad de acuerdo con el art. 118.2 TRLGDCU).

Este remedio consiste básicamente en la facultad del consumidor de solicitar al empresario el cumplimiento exacto de la prestación debida. Para ello, deberá comunicarle la falta de conformidad y desde entonces, el consumidor puede exigir que los contenidos sean puestos en conformidad en un plazo razonable (art. 118.4 TRLGDCU y 14.3 DCSD)⁸⁸. En este caso (y a diferencia de la regulación de la compraventa en la que el consumidor elige entre la reparación y la sustitución⁸⁹) es el empresario el que elige el modo de poner los bienes en conformidad. Parece razonable teniendo en cuenta la amplia variedad de bienes y servicios digitales así como su especialidad técnica, lo que determina que sea más fácil para este establecer la forma más cómoda de cumplir exactamente con su obligación.

Existen, sin embargo, dos supuestos en los que el empresario no estará obligado a poner los bienes en conformidad con el contrato: cuando resulte imposible y cuando suponga al empresario costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, y, entre ellas, el valor que tendrían los contenidos o servicios digitales si no hubiera existido falta de conformidad, y la relevancia de la falta de conformidad (art. 118.3 TRLGDCU y art. 14.2 DCSD). Realmente creemos que este supuesto será poco frecuente en la práctica teniendo en cuenta la fungibilidad de los bienes y servicios digitales. De esta forma, será relativamente fácil para el prestador corregir el bien o servicio suministrado sin que resulte imposible o desproporcionado hacerlo. Sí puede ocurrir en aquellos supuestos en los que el contenido se ha suministrado a

⁸⁸ Opinan sobre esta cuestión SEIN/SPINDLER, *European Review of Contract Law*, nº15, 2019, p. 376 que acierta el legislador en no fijar un plazo determinado para poner los contenidos en conformidad teniendo en cuenta la diversa naturaleza de los contratos que caen en su ámbito de aplicación.

⁸⁹ Art. 13.2 Directiva 771/2019: «Para poner los bienes en conformidad, el consumidor podrá elegir entre la reparación o la sustitución, salvo cuando la medida correctora elegida resulte imposible o que, en comparación con la otra medida correctora, suponga al vendedor costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias». En nuestro ordenamiento, el art. 118.1 TRLGDCU dispone que: «Si el bien no fuera conforme con el contrato, para ponerlo en conformidad, el consumidor o usuario tendrá derecho a elegir entre la reparación o la sustitución, salvo que una de estas dos opciones resultare imposible o que, en comparación con la otra medida correctora, suponga costes desproporcionados para el empresario, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, entre ellas las recogidas en el apartado 3 de este artículo, así como si la medida correctora alternativa se podría proporcionar sin mayores inconvenientes para el consumidor o usuario».

cambio de datos personales teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos, serán estos contenidos de poca trascendencia económica de forma que ponerlos en conformidad puede suponer para el suministrador asumir costes desproporcionados en atención al valor de los mismos.

En cualquier caso, el empresario deberá corregir los defectos en un periodo razonable de tiempo y sin mayores inconvenientes. Ha de ser, además, completamente gratuito para el consumidor que solo debe de soportar la carga de comunicarlo al empresario (art. 118.4 TRLGDCU y art. 14.3 DCSD).

En concreto, el considerando 15 DCSD dispone también que los Estados miembros podrán regular los derechos de las partes a suspender el cumplimiento de sus obligaciones o parte de estas hasta que la otra parte las cumpla. Así, por ejemplo, si un consumidor, en los casos de falta de conformidad, ha de tener derecho a suspender el pago del precio o parte de este hasta que el empresario haya puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad⁹⁰. Este derecho ha sido contemplado expresamente por el legislador español en el art. 117.1, párrafo segundo TRLGDCU, aunque no ha sido convenientemente desarrollado de forma que no se prevén ni las condiciones ni las modalidades de su ejercicio. En concreto, dispone el precepto que «el consumidor o usuario tendrá derecho a suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio del bien o del contenido o servicio digital adquirido hasta que el empresario cumpla con las obligaciones establecidas en el presente título».

Como sabemos este derecho se trata de un remedio puesto a disposición del acreedor, que le permite negarse al cumplimiento de su obligación en tanto la otra parte no haya cumplido o si el cumplimiento ha sido defectuoso. Este remedio no ha de ser siempre utilizado como mecanismo reactivo frente a la pretensión de cumplimiento, es decir, no tiene necesariamente una finalidad defensiva propia de la *exceptio non adimpleti contractus*⁹¹. Aunque no se encuentra regulado con carácter general en nuestro ordenamiento⁹² sí se encuentra ampliamente admitido por doctrina y jurisprudencia que han ido elaborando su configuración, su contenido, sus requisitos y sus efectos. En cuanto al presupuesto de su ejercicio, es necesario determinar si el incumplimiento de la otra parte ha de ser de cierta gravedad para que el consumidor pueda hacer uso de este derecho. En nuestra opinión, la suspensión ha de ser proporcional al defecto que tuviera la prestación. De esta forma, si el incumplimiento es muy grave, cabe suspender el pago completo del precio hasta que se cumpla correctamente. Igualmente (y con mayor razón), si el incumplimiento es definitivo⁹³. No obstante, si el defecto es de escasa importancia, también

⁹⁰ Llama la atención en cualquier caso que este remedio no se haya regulado expresamente el articulado de la DCSD, como sí lo ha hecho la Directiva 771/2019, en cuyo art. 13.6 se determina que: «El consumidor tendrá derecho a suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio o de parte del importe hasta que el vendedor haya cumplido sus obligaciones derivadas de la presente Directiva. Los Estados miembros podrán determinar las condiciones y modalidades para que el consumidor ejerza el derecho a suspender el pago».

⁹¹ ARNAU RAVENTÓS, «La facultad de suspender el propio cumplimiento: una propuesta de construcción desde el derecho español y el CESL», *Anuario de derecho Civil*, Tomo LXVI, fasc. III, 2013, p. 1280.

⁹² Se prevé expresamente para algunos supuestos en nuestro CC. Así, por ejemplo, en el art. 1466, 1467, 1500 y 1502 CC.

⁹³ La norma determina expresamente que la suspensión puede afectar a cualquier parte pendiente del precio. En una interpretación acorde con al DCSD hemos de entender que, si queda pendiente el pago de la totalidad del precio, el consumidor puede suspender completamente el mismo en casos de incumplimiento muy grave del suministrador.

podrá el consumidor suspender en proporción al mismo⁹⁴. Se evita así que exista un abuso de derecho e incumplimientos oportunistas por parte del consumidor. En cualquier caso, quedaría por determinar con qué remedios es compatible y las modalidades de su ejercicio. Por ello, conviene que el legislador desarrolle esta regulación evitando así determinadas incertidumbres que puede generar en la práctica⁹⁵.

Por último, en el caso de que el empresario no cumpla con su obligación de poner en conformidad los contenidos o servicios suministrados, el consumidor podrá optar por los otros dos remedios previstos, estos son, la reducción del precio o la resolución del contrato.

b. Reducción del precio y resolución del contrato

La reducción del precio y la resolución del contrato se han configurado como dos remedios subsidiarios para el caso de que la puesta en conformidad no haya sido posible o no se haya llevado a cabo por el empresario en las condiciones establecidas en el art. 118 TRLGDCU (art.14 DCSD).

Sólo en dos casos se podrá optar directamente por estos remedios: cuando la falta de conformidad sea de tal gravedad que justifique acudir directamente⁹⁶ a los mismos o cuando haya habido una falta de suministro, es decir, un incumplimiento definitivo, en los términos previstos en el art. 66 bis TRLGDCU, introduciéndose así cierta flexibilidad en la jerarquía⁹⁷.

Las causas generales por las cuales se puede acudir a estos remedios (entre los que no hay preferencia) son, por tanto, las siguientes (art. 119 TRLGDCU y art. 14.4 DCSD):

a) La medida correctora consistente en poner los contenidos o servicios digitales en conformidad resulta imposible o desproporcionada. En este caso, será el suministrador el que informe al cliente que podrá optar entonces entre estos dos remedios.

b) El empresario no ha puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad de acuerdo con las reglas recogidas en el apartado 4 del artículo 118 TRLGDCU (art. 14.3 DCSD). Debemos recordar al respecto que se impone al suministrador que ponga los bienes en conformidad en un período razonable de tiempo, sin cargo alguno y sin mayores inconvenientes para el consumidor. De esta forma, podemos entender que, si falla en alguno de estos tres requisitos, el consumidor podrá pedir una rebaja del precio o la resolución del contrato⁹⁸.

⁹⁴ CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Civitas, 3ª edición, Pamplona, 2021, p. 1159.

⁹⁵ Pone de manifiesto CÁMARA LAPUENTE, *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021, p. 14, que esta falta de regulación generará incertidumbres acerca de la forma de poner en práctica esta facultad, su conexión con otros remedios o por la posibilidad de que sea el consumidor el que abuse de este derecho.

⁹⁶ Ello supone una novedad respecto al régimen actual de remedios previsto para la compraventa de bienes de consumo del TRLGDCU, en el que no se prevé la posibilidad de que un incumplimiento muy grave por parte del empresario pueda facultar al consumidor a optar directamente por la resolución del contrato.

⁹⁷ Se ha establecido al respecto que el legislador europeo ha tenido en cuenta el legítimo interés del consumidor en no tener que esperar la reparación del defecto en algunos casos especialmente graves. Véase GSELL, «Article 14», SCHULZE/ STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article by article Commentary*, Nomos, Baden Baden, 2020, p. 257.

⁹⁸ GSELL, *EU Digital Law. Article by article Commentary*, p. 259. Como pone de manifiesto, hay supuestos problemáticos en cuanto a la interpretación de estos requisitos pues siempre existirá algún inconveniente para el consumidor durante la puesta en conformidad de los bienes. En esta línea, opina la autora que, si el inconveniente

c) Aparezca cualquier falta de conformidad pese al intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad. Sobre esta causa hay que reseñar que aparece descrita en el art. 14.4 letra c) DCSD de la siguiente forma: «*subsiste* la falta de conformidad pese al intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad» (el resaltado es nuestro)⁹⁹.

La redacción dada por el legislador español a esta causa por la cual se puede pedir directamente la reducción del precio o la resolución del contrato es más amplia que la prevista por la Directiva. En efecto, en nuestro ordenamiento se requiere la *aparición* de *cualquier falta de conformidad* después de haber intentado el cumplimiento. Sin embargo, en la Directiva parece exigir la *subsistencia* del defecto que dio origen al remedio, de forma que, si aparece otro, deberá exigirse de nuevo la puesta en conformidad del mismo. En nuestra opinión, se trata, sin embargo de un error en la traducción de la Directiva, pues en su versión en inglés dice expresamente: «*a lack of conformity appears despite the trader's attempt to bring the digital content or digital service into conformity*», sin requerir que sea el mismo defecto. De esta forma, podemos interpretar que si aparece otro, el consumidor puede igualmente pedir la reducción del precio o la resolución del contrato¹⁰⁰.

d) La falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato. Sobre esta causa dispone el considerando 65 DCSD que en determinadas situaciones, está justificado que el consumidor tenga derecho a una reducción del precio o a resolver el contrato inmediatamente, por ejemplo cuando cuando no quepa esperar que el consumidor mantenga su confianza en la capacidad del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad debido al carácter grave de la falta de conformidad¹⁰¹. Se trata, en definitiva, de un supuesto de incumplimiento grave que faculta al consumidor a resolver el contrato. Esta previsión corrige la diferencia de trato entre las ventas de consumo y el Derecho general de obligaciones y contratos, en el que la resolución ya está disponible como remedio directo ante incumplimientos graves en el programa prestacional¹⁰². Ahora también el consumidor puede optar directamente por este remedio, sin pasar antes por pedir el cumplimiento exacto de la prestación.

e) Por último, que el empresario ha declarado, o así se desprende claramente de las circunstancias, que no pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor.

c. Reducción del precio

Este remedio consiste en la disminución del precio pagado por el consumidor en proporción a la disminución del valor del contenido o servicio digital suministrado, en comparación con el valor

tiene un efecto duradero, en particular, si afecta a la confianza que tenga el consumidor en el comerciante, podrá resolver el contrato.

⁹⁹ Del mismo modo que la DCSD, la Directiva 771/2019 también dispone en su art. 13.4, letra b): «subsiste la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad».

¹⁰⁰ GSELL, *EU Digital Law. Article by article Commentary*, p. 260.

¹⁰¹ El propio considerando establece, por ejemplo, que ello ocurrirá cuando se le suministre un programa (software) antivirus que esté infectado con un virus, lo que constituiría un caso de falta de conformidad de carácter grave.

¹⁰² Sobre esta crítica, CÁMARA LAPUENTE, *Indret* 3/2016,2016, p. 55.

que tendrían los mismos si fueran conformes (art. 119 bis TRLGDCU y art. 14.5 DCSD), reestableciéndose así el equilibrio contractual.

En nuestra opinión, resultará poco frecuente que el consumidor se conforme con algún defecto en los contenidos o servicios suministrados cuando en el mercado puede obtener la versión perfecta del mismo, de forma que este remedio tendrá poca aplicación en los contratos de tracto único¹⁰³. Sí resulta adecuado, sin embargo, en los contratos de duración continuada en los que se haya producido una falta de conformidad (por ejemplo, ciertas interrupciones en el servicio o una baja calidad en el mismo durante determinados periodos) y no se ha podido corregir en el momento solicitado (supuesto contemplado expresamente en el art. 119 bis.2 TRLGDCU y art. 14.4, párrafo segundo DCSD).

Por otro lado, este remedio es el único que procede cuando el contenido o servicio prestado presente un defecto leve o de escasa importancia pues, en este caso, no cabe la resolución del contrato (art. 119 ter.2 TRLGDCU y art. 14. 6 DCSD). De esta forma, no se requiere, según una interpretación *a contrario*, que el incumplimiento se refiera a una obligación esencial y que sea grave, para que el consumidor pueda resolver el contrato directamente. Sólo en los casos en los que el defecto sea leve o de escasa importancia, tendrá el consumidor que conformarse con la reducción del precio que pagó. Con ello se trata de evitar, fundamentalmente, que el consumidor ponga fin a la relación contractual de forma oportunista porque ya no le interese el negocio, aprovechando cualquier incumplimiento del proveedor.

No obstante, este remedio plantea una serie de problemas que han de ser destacados. En primer lugar, porque en muchos casos será difícil que exista un acuerdo entre las partes sobre este extremo (¿cuánto se rebaja?). Asimismo, sobre la levedad del defecto, se plantea un problema de interpretación que, en última instancia, se resolverá por los tribunales de cada Estado miembro en la resolución de los conflictos que se les planteen. En efecto, cabe una interpretación objetiva, de forma que habrá de examinarse si el defecto es de escasa relevancia en relación con los demás del mercado o una interpretación subjetiva, que tenga en cuenta la finalidad para la cual el consumidor ha adquirido el contenido para determinar si el defecto es o no leve¹⁰⁴.

Igualmente, se ha de tener presente que los efectos en la terminación del contrato de bienes y servicios digitales no resulta tan gravoso para el empresario como en los casos en los que se resuelve la compraventa en los bienes de consumo. En efecto, el contenido digital no pierde valor, no ha de ser calificado como un bien de segunda mano y, además, el suministrador puede impedir fácilmente su uso a través de los medios técnicos disponibles¹⁰⁵.

¹⁰³ En esta línea, refiriéndose a los bienes de consumo, manifiesta MARÍN LÓPEZ, «Artículo 122», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 1772, que lo habitual será que al comprador no le interese retener un bien con alguna falta de conformidad, aunque se reduzca su precio, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos serán bienes fungibles y estandarizados, por lo que le será fácil encontrar uno sin ningún defecto en el mercado.

¹⁰⁴ Sobre esta cuestión MARÍN LÓPEZ, «ARTÍCULO 121» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 1767.

¹⁰⁵ ZOLL, *Journal of European Consumer and Market Law* Volume 5, Issue 6, 2016, p. 253.

En consecuencia, desde nuestro punto de vista, obligar al consumidor a pasar por un defecto, aunque sea leve, no estará justificado siempre y en todo caso, teniendo en cuenta, además, que ya previamente habrá solicitado la puesta en conformidad. Sobre esta cuestión, estamos de acuerdo con CARRASCO PERERA cuando determina que la excepcionalidad del remedio resolutorio se apoya en tres razones fundamentales. En primer lugar, para evitar aspiraciones meramente oportunistas del acreedor que puede utilizar cualquier incumplimiento para escapar de un mal contrato o de un negocio que ha dejado de interesarle. En segundo lugar, los costes que puede suponer para la parte incumplidora. En tercer lugar, la posible disminución del valor del bien restituído con el riesgo de perder la oportunidad de reemplazarlo o volver a comercializarlo. Riesgos estos que, en la contratación de contenidos digitales, se atenúan bastante. En esta línea, estamos de acuerdo con este autor cuando establece que el incumplimiento es resolutorio si resulta acreditado que los motivos del acreedor para acudir a este remedio no son oportunistas y los costes de salida del contrato no son irrazonables para ninguna de las dos partes. Dándose estas dos circunstancias, entendemos que no existiría problema para aceptar la resolución, aún en los casos de incumplimiento leve o de escasa importancia¹⁰⁶.

Un supuesto en el que podría estar justificado la imposición de este remedio es cuando el empresario ha realizado el bien siguiendo las instrucciones o necesidades del consumidor. En efecto, en este supuesto parece lógico que, si el defecto o la falta de conformidad es leve, el equilibrio contractual pueda encontrarse en la reducción del precio, protegiendo así, por un lado, el interés del empresario en mantener el negocio y, por otro, el del consumidor al que interesará quedarse con el bien (en este caso, infungible) a cambio de obtener una rebaja en el precio.

En definitiva, abogamos por una interpretación estricta del precepto, de forma que se permita al consumidor resolver el contrato, aún en supuestos de defecto leve, cuando pueda apreciarse que el defecto es importante para el consumidor (teoría subjetiva), que no hay oportunismo ni abuso de derecho, ni los costes de salida del contrato resultan irrazonables para ninguna de las dos partes. De esta forma, se evita también el posible oportunismo por parte del empresario que quiera aprovechar esta regulación para suministrar un contenido «defectuoso», aún a menor precio (si el remedio se ejercita finalmente por el consumidor), que de otra forma tendría que retirar¹⁰⁷. En cualquier caso, la carga de la prueba sobre la levedad del defecto corresponde al empresario (art. 14. 6, DCSD y art. 119 ter 2 TRLGDCU).

¹⁰⁶ CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, p. 1226. En esta línea, establecen GÓMEZ POMAR/ GIL SALDAÑA, «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el derecho español de Contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas», *Anuario de derecho Civil*, Tomo LXVII, fasc. IV, 2014, 1222, que los costes derivados de la decisión del contratante *in bonis* de resolver el contrato ante el incumplimiento serán prácticamente nulos en los siguientes casos: cuando las partes no hayan realizado inversiones específicas para asegurar el cumplimiento del contrato, cuando los bienes no hayan perdido o hayan perdido poco valor tras la entrega, cuando la parte incumplidora tenga un mercado de reventa donde colocar los bienes objeto de restitución o cuando el resultado del producto defectuoso tenga más valor en manos del incumplidor. Circunstancias todas estas que, en nuestra opinión, se darán en muchos de los casos de contratos de suministro de contenidos digitales.

¹⁰⁷ Sobre esta cuestión, resulta especialmente interesante la reflexión de GÓMEZ POMAR/ GIL SALDAÑA, *Anuario de derecho Civil*, p. 1241, cuando establece que el reconocimiento de un derecho a resolver generoso para el consumidor, aunque haya sido criticado por promover comportamientos oportunistas, también puede tener efectos positivos. Así, establecen los autores que en los casos en los que la resolución tenga costes elevados para el vendedor tratará de reducir los incentivos del consumidor a resolver el contrato ofreciéndole un precio reducido. En esta línea, la amenaza implícita que para los vendedores tiene la resolución, les da un incentivo para que bajen el precio de venta.

d. Resolución del contrato

El remedio resolutorio está regulado en el art. 119 ter TRLGDCU y en los arts. 14 a 17 DCSD. Lo más adecuado para su análisis resulta distinguir entre los presupuestos que han de darse para que el consumidor pueda ejercitar este remedio, la forma de hacerlo y los efectos una vez resuelto el negocio.

i) Presupuestos para el remedio resolutorio

Como ya se ha indicado, la facultad de resolver el contrato por parte del consumidor se encuentra limitada a supuestos que revistan cierta gravedad en el incumplimiento.

Además, es necesario que se haya pedido previamente la puesta en conformidad de los contenidos, salvo en el supuesto de falta de conformidad muy grave, y que esta solución resulte finalmente desproporcionada o imposible, que no se haya realizado en un tiempo razonable, que haya causado inconvenientes mayores para el consumidor o resulte de las circunstancias que el proveedor no pondrá los contenidos digitales en conformidad en un plazo razonable.

Por supuesto, también podrá resolver el contrato cuando exista un incumplimiento definitivo de la obligación, es decir, en aquellos casos en los que el proveedor no realiza la prestación acordada en el tiempo fijado en el contrato o, en su defecto, sin demora indebida.

Por último, se prevé la resolución en el supuesto de modificación de los contenidos o servicios digitales durante la vigencia del acuerdo, supuesto contemplado en los arts. 126 y 126 bis TRLGDCU (art. 19 DCSD). En concreto el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato si la modificación afecta negativamente a su acceso a los contenidos o servicios digitales o a su uso, salvo si dicho efecto negativo es de menor importancia. Hay que tener en cuenta, además, que el consumidor no podrá resolver si el empresario le ha dado la posibilidad de mantener, sin costes adicionales, los contenidos o servicios digitales sin la modificación y estos siguen siendo conformes.

ii) Forma y efectos de la resolución contractual

El art. 119 ter TRLGDCU (15.1 DCSD) regulan la forma en la que el consumidor ha de resolver el contrato, estableciendo que deberá realizarse mediante declaración dirigida al empresario en la que exprese su intención de resolverlo¹⁰⁸. Se requiere, en consecuencia, una comunicación expresa al suministrador en la que se le informe del ejercicio de esta facultad, sin que se exijan, como puede observarse, especiales requisitos de forma.

En concreto, en el supuesto de modificación de los contenidos, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato sin cargo alguno en un plazo de treinta días naturales a partir de la recepción de la información contemplada en el art. 126 letra c) TRLGDCU o a partir del momento en que el empresario modifique los contenidos o servicios digitales, si esto ocurriera de forma posterior.

¹⁰⁸ Sobre esta cuestión, es importante recordar que el proveedor está obligado a facilitar a consumidor una dirección (electrónica o postal) o contacto que le permita establecer con este una comunicación directa y efectiva, en especial cuando el contrato se celebra a distancia pues, en esos casos, el consumidor puede no conocer la ubicación física (si la hay) del establecimiento comercial del proveedor. Sobre la obligación de informar sobre este aspecto, véase, en nuestro ordenamiento, el art. 60.2, apartados b) y k) TRLGDCU. También, en sede de contratos a distancia, el art. 97.1 apartado c) y d). En el caso de que el proveedor del contenido sea también un prestador de un servicio de la sociedad de la información, el art. 10.1, a) LSSICE.

Como sabemos, una vez ejercitada la resolución las partes se encuentran obligadas a la restitución de las prestaciones que hubiesen sido objeto del contrato. Precisamente, el art. 119 ter.5 (artículos 16, 17 y 18 DCSD) regula la forma en la que se ha de realizar dicha restitución, distinguiendo entre los casos en los que el consumidor ha pagado un precio en dinero de aquellos en los que ha cedido sus datos personales a cambio del contenido digital contratado. En efecto, como seguidamente veremos, la diferente naturaleza de cada una de estas prestaciones obliga al legislador a diferenciar el tratamiento de la restitución, siendo posible *in natura* y con efectos *ex tunc* en el caso del precio y obligándose el proveedor a un no hacer con efectos *ex nunc* en el caso de que el consumidor haya cedido datos personales.

En primer lugar, el empresario reembolsará al consumidor todos los importes pagados con arreglo al contrato (art. 19 ter. 5 letra a TRLGDCU y art. 16.1 DCSD). Asimismo, se prevé la posibilidad de los contenidos o servicios hayan sido conformes durante un tiempo durante la vigencia del acuerdo, de forma que en este caso sólo debe reembolsar la parte proporcional del precio pagado correspondiente al periodo durante el cual los contenidos o servicios no fuesen conformes¹⁰⁹. El reembolso deberá realizarse sin demora indebida y, en cualquier caso, en un plazo de 14 días desde la fecha en la que fue informado de la resolución (art. 119 quater.1 TRLGDCU y art. 18.1 DCSD). Se hará usando el mismo medio de pago usado por el consumidor y no se podrá imponer ningún cargo por dicho reembolso (art. 119 quater. 2 y 3 TRLGDCU y art. 18.2 DCSD).

En relación con los datos personales, dispone el art. 119.ter.5 letra b) TRLGDCU (art.16.2 DCSD) que el empresario cumplirá las obligaciones aplicables de conformidad con el RGPD y con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE nº 294, 6.12. 2018). En esta línea, una vez ejercitada la resolución, el proveedor adoptará todas las medidas que podrían esperarse para abstenerse de utilizar cualesquier dato personal recogido por el proveedor en relación con el suministro de los contenidos digitales.

En consecuencia, la resolución obliga al prestador a un no hacer consistente en dejar de usar todos los datos facilitados por el consumidor, tanto aquellos que fueron necesarios para la ejecución del contrato como aquellos otros usados por el proveedor para otros fines (como enviar publicidad). También es indiferente la forma en que se hayan obtenido dichos datos y si el consumidor los cedió como contraprestación o no (es decir, si además de ceder datos pagó un precio en dinero). En efecto, la Directiva no realiza ninguna diferenciación en dicho sentido, siendo esta interpretación que defendemos la más favorable al consumidor y la que mejor se adecua a la normativa de protección de datos que concede siempre el derecho a revocar el consentimiento que se dio al tratamiento de los datos personales, revocación que, como sostiene CÁMARA LAPUENTE, puede inferirse de su voluntad de resolver el contrato¹¹⁰.

El empresario no podrá utilizar dichos datos para ninguna actividad (envío de publicidad, creación de perfiles) y, por supuesto, no podrá cedérselos a un tercero. En cualquier caso,

¹⁰⁹ Como se ha puesto de manifiesto ARNAU RAVENTÓS, «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», en ARROYO AMAYUELAS/CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, p. 94, en este caso se trata de un supuesto de resolución parcial del contrato que cabría extender a otros supuestos como, por ejemplo, los casos en los que el suministrador ha entregado varios contenidos digitales, algunos conformes y otros no (supuesto contemplado expresamente por el art. 16.2 Directiva 771/2019 y el art. 119 ter.3 TRLGDCU para la compraventa de bienes).

¹¹⁰ CÁMARA LAPUENTE, *Indret* 3/2016, 2016, p. 68.

debemos tener en cuenta que la resolución en este caso ha de tener necesariamente, por su propia naturaleza, efectos *ex nunc*, de tal forma que todos los usos que haya hecho el proveedor antes de la resolución, así como la cesión a terceros, son perfectamente válidos siempre que se haya respetado lo establecido en la normativa de protección de datos.

Respecto a los contenidos o datos no personales facilitados o creados por el consumidor al usar los contenidos digitales, existe igualmente la obligación de abstención de uso por parte del empresario (art. 119 ter.5 letra c) TRLGDCU y art. 16.3 DCSD), aunque el consumidor no se lo haya solicitado expresamente¹¹¹.

No obstante, existen ciertas excepciones a este deber de abstención de uso contempladas expresamente en las letras a-d del art. 16.3 DCSD. De esta forma, podrá seguir usándolos, en primer lugar, siempre que no tengan ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario. En segundo lugar, cuando estén exclusivamente relacionados con la actividad del consumidor durante el uso de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario. En tercer lugar, en los casos en los que el contenido haya sido agregado con otros datos por el empresario y no pueda desagregarse o solo pueda desagregarse realizando esfuerzos desproporcionados. Y, por último, que haya sido generado conjuntamente por el consumidor y otras personas, y otros consumidores puedan continuar haciendo uso del contenido.

Aquí hemos de hacer referencia a la regulación contenida en la DCSD pues en el TRLGDCU hay una incoherencia que impide su análisis. En efecto, el art. 119 ter. 5 letras c) y d) TRLGDCU establecen lo siguiente: «El empresario se abstendrá de utilizar cualquier contenido, distinto de los datos personales, proporcionado o creado por el consumidor o usuario al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario, excepto cuando dicho contenido cumpla alguna de las condiciones recogidas en el artículo 107.5». d) «Salvo en las situaciones a que se refiere el artículo 107.5, letras a), b) o c), el empresario pondrá a disposición del consumidor o usuario, a petición de este, cualquier contenido distinto de los datos personales que el consumidor o usuario haya proporcionado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario» (el resaltado es nuestro). No obstante, el art. 107 TRLGDCU (obligaciones del comerciante en caso de desistimiento) no hace mención a esta cuestión. Tampoco en ningún precepto del TRLGDCU se han incorporado las excepciones contempladas por la Directiva a la obligación de abstención de uso y portabilidad del suministrador. No obstante, se prevé su incorporación cuando se transponga la Directiva 2019/2161, que modifica la Directiva de 2011, que añade cinco apartados al art. 13 (regulador de las obligaciones del comerciante en caso de desistimiento del consumidor en los contratos a distancia)¹¹².

¹¹¹ CÁMARA LAPUENTE, *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, p. 149.

¹¹² En efecto, el Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para la mejora y modernización de las normas de protección de los consumidores de la unión europea y del régimen sancionador en materia de consumo, prevé la modificación del art. 107 TRLGDCU, dándole la siguiente redacción en su apartado 5: «El empresario se abstendrá de utilizar cualquier contenido, distinto de los datos personales, proporcionado o creado por el consumidor o usuario al utilizar los 38 contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario, excepto cuando dicho contenido cumpla alguna de las siguientes condiciones: a) No tenga ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario. b) Esté exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor o usuario durante el uso de los contenidos servicios digitales suministrados por el empresario. c) Haya sido agregado con otros datos por

Respecto a las obligaciones relativas a los datos personales del consumidor y los contenidos generados por este, se establece una regulación similar a la contenida en la DCSD (obligación de abstención y de restitución, con las mismas excepciones).

Además del deber de abstención, el proveedor estará obligado a facilitar al consumidor los medios técnicos para recuperar todos los contenidos facilitados por este, así como cualquier otro dato producido o generado mediante el uso por el consumidor de los contenidos digitales, en la medida en que estos hayan sido retenidos por el proveedor. El consumidor tendrá derecho a recuperar los contenidos sin cargo alguno, sin mayores inconvenientes, en un plazo de tiempo razonable y con un formato de datos utilizado habitualmente (art. 119 ter.5 letra e) TRLGDCU y art. 16.4, párrafo segundo DCSD). También aquí se exceptúa de esta obligación en los tres primeros supuestos anteriormente mencionados, estos son, que no tengan utilidad fuera del contexto, que estén exclusivamente relacionados con la actividad del consumidor durante el uso de los contenidos o que haya sido agregado con otros datos del empresario y no puedan desagregarse.

Estas excepciones operantes tanto en la obligación de abstención de uso como en la de devolver los contenidos generados por el consumidor, han sido duramente criticadas por entender que obedecen más a los intereses del empresario que a los del consumidor. Especialmente reprochable es la decisión del legislador de prejuzgar la falta de utilidad de los contenidos fuera del contexto de los contenidos digitales, negando estos derechos al consumidor en los casos en los que, supuestamente, los contenidos no son útiles para el mismo. No entendemos el fundamento de dicha excepción, aún menos en el supuesto de recuperación, pues el consumidor ha de ser el único que haya de determinar en qué casos le es útil recuperar los contenidos generados por él mismo¹¹⁵.

Respecto al proveedor, la normativa también le reconoce determinados derechos cuando se ha procedido a la resolución del contrato. En primer lugar, establece el art. 119 ter.6 letra a) TRLGDCU (art.17 DCSD) que el consumidor no podrá usar los contenidos digitales o ponerlos a disposición de terceros. El empresario podrá impedir el uso por parte del consumidor, realizando todos los pasos necesarios para que sean inaccesibles al consumidor o inhabilitando su cuenta de usuario (art. 16.5 DCSD).

el empresario y no pueda desagregarse o sólo se pueda realizando esfuerzos desproporcionados. d) Haya sido generado conjuntamente por el consumidor o usuario y otras personas, y otros consumidores o usuarios puedan continuar haciendo uso del contenido».

¹¹⁵ Al respecto, dispone CÁMARA LAPUENTE, *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, p. 164 que prejuzgar la falta de utilidad para el consumidor de los propios contenidos que él genero con su actividad es un exceso normativo que prácticamente afrenta la dignidad de la persona. Hay que tener en cuenta, además, que en nuestro ordenamiento jurídico se reconoce expresamente el derecho a la recuperación de los contenidos generados por el usuario en las redes sociales o servicios equivalentes en el art. 12. ter de la LSSICE (añadido por la disposición final 3.1 de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre) y que dispone en su apartado primero, lo siguiente: «Los proveedores de servicios de intermediación que alojen o almacenen datos de usuarios a los que presten servicios de redes sociales o servicios de la sociedad de la información equivalentes deberán remitir a dichos usuarios, a su solicitud, los contenidos que les hubieran facilitado, sin impedir su transmisión posterior a otro proveedor. La remisión deberá efectuarse en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica». Igualmente, se reconoce el derecho a la portabilidad en el párrafo segundo del mismo artículo cuando establece que «asimismo deberán transmitir dichos contenidos directamente a otro proveedor designado por el usuario, siempre que sea técnicamente posible, según prevé el artículo 95 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales».

Por su parte, el art. 119 ter. 6 letra b) TRLGDCU (art. 17.2 DCSD) regula la restitución en los casos en los que el contenido digital se suministró en un soporte duradero, estableciendo que el consumidor devolverá, a solicitud del proveedor, el soporte sin demora indebida y, en cualquier caso, no más tarde de 14 días desde la recepción de la solicitud. Una cuestión importante respecto al deber de restitución que pesa sobre el consumidor es que, como expresamente dispone el precepto mencionado, la restitución se hará a expensas del proveedor, lo que parece razonable teniendo en cuenta que precisamente la causa de la resolución es su propio incumplimiento lo que determina, en buena lógica, que éste asuma las consecuencias económicas del mismo¹¹⁴.

Por último, se dispone que no se le podrá reclamar ningún pago al consumidor por cualquier uso realizado de los contenidos o servicios digitales durante el período previo a la resolución del contrato, durante el cual los contenidos o servicios digitales no hayan sido conformes (art. 119 ter. 6 letra b) TRLGDCU y 17.3 DCSD)¹¹⁵. El considerando 72 DCSD establece que, de esta forma, se garantiza una protección más efectiva al consumidor, sin perjuicio de su deber de abstención de uso de los contenidos o servicios. Esta regla está conectada con el derecho del consumidor a suspender su cumplimiento hasta que el empresario no ponga los bienes en conformidad (art. 117.1, párrafo segundo TRLGDC) y con el derecho a ser reembolsado del precio que ya pagó, en los contratos de suministro continuo, en la parte proporcional en la que el contenido no fue conforme (art. 119 ter. 5, letra 6, párrafo segundo). En definitiva, con esta regla trata de evitarse, fundamentalmente, que el empresario obligue a pagar al consumidor por el uso efectivamente hecho del contenido o por el tiempo en el que el servicio ha estado disponible, en los casos en los que la prestación no ha sido conforme. Puesto que se trata de un efecto de la resolución contractual, es necesario que la falta de conformidad no sea leve. No obstante, podrá darse el caso en los que la falta de conformidad tenga la entidad suficiente para fundamentar la resolución, pero el consumidor haya podido aprovechar de algún el contenido o servicio no conforme, por ejemplo, viendo la película con una calidad inferior o aprovechando el espacio en la nube, aunque este finalmente fuera de menor capacidad a la contratada. Es evidente que, en estos casos, el legislador ha inclinado la balanza a favor del consumidor que no deberá pagar por dichos usos, pese haber resultado de cierto provecho para él.

e. Indemnización de daños y perjuicios

El considerando 73 DCSD dispone expresamente que «el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de perjuicios debidos a una falta de conformidad o a un incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales». De esta forma, la norma europea garantiza que, en ningún caso, se limite este derecho del consumidor, aunque no se encuentre regulado expresamente en el articulado de la Directiva¹¹⁶. Precisamente, la ausencia

¹¹⁴ Por su parte, el considerando 15 DCSD dispone que los Estados miembros son libres para regular el derecho a retener cualquier reembolso debido al consumidor en el momento de resolución del contrato hasta que este cumpla la obligación establecida en la presente Directiva, de devolverle el soporte material. El legislador español, sin embargo, no ha hecho uso de esta facultad.

¹¹⁵ Llama la atención que el supuesto esté contemplado en el precepto en el que se regulan las obligaciones del consumidor en caso de resolución contractual, pues se trata de un derecho del mismo.

¹¹⁶ La propuesta de Directiva de 2015 sí regulaba expresamente la indemnización de daños al consumidor al prever en su art. 14 que: «El proveedor será responsable ante el consumidor por cualquier daño económico ocasionado al entorno digital del consumidor debido a una falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales o a un incumplimiento en el suministro de los mismos. La indemnización por daños y perjuicios pondrá al consumidor en una posición lo más similar posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado de conformidad con el contrato».

de una norma específica en la misma se justifica porque ya existe en todos los Estados miembros. En esta línea, se determina que la regulación de los remedios «debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales sobre compensación de los daños y perjuicios causados a los consumidores por el incumplimiento de dichas normas». La única cuestión que parece imponer es la de que se ha indemnizar por el interés contractual positivo, de forma que se sitúe al consumidor «en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad».

En concreto, el legislador español ha optado por reconocer expresamente este derecho en el art. 117.1 TRLGDCU para los supuestos de falta de conformidad, aunque cabe extenderlo, de acuerdo con el texto de la Directiva, también a los supuestos de incumplimiento definitivo. Por supuesto, ha de entenderse igualmente de que se trata de un derecho adicional al resto (puesta en conformidad, reducción del precio y resolución del contrato¹¹⁷). De esta forma, se recoge por primera vez este remedio para la contratación de consumo, pero no se establecen reglas para su determinación, al margen de que pueda interpretarse que su plazo de prescripción es de 5 años de acuerdo con el art. 124 TRLGDCU¹¹⁸. En consecuencia y salvo que el legislador se *apresure* a concretar este derecho antes de la entrada en vigor de la norma, debemos de acudir a las normas generales que regulan este remedio y que se encuentran en el Código Civil (arts. 1101 a 1107)¹¹⁹. Como es sabido, el simple incumplimiento no da lugar al resarcimiento si no que es necesario la existencia de daños reales que sean consecuencia del mismo. De esta forma entendemos que, de acuerdo con la regla general, el consumidor ha de probar los daños efectivamente causados y su relación de causalidad con el incumplimiento.

Como se ha establecido, se indemnizará por el interés contractual positivo, de forma que se coloque al consumidor en la posición más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios hubiesen sido correctamente suministrados. Se sigue aquí, por tanto, el principio de reparación integral del daño (*restitutio in integrum*) ya consagrada en nuestra doctrina y jurisprudencia. En cualquier caso, la distinción del interés contractual positivo o negativo es, en muchas ocasiones, difícil de delimitar de forma que diversas partidas

¹¹⁷Respecto al remedio indemnizatorio y su relación con la resolución del contrato se ha discutido tradicionalmente en la doctrina sobre la conveniencia de indemnizar por un interés u otro en el caso de que el acreedor optara por la resolución. Así, para algunos, el acreedor que resolviera el contrato solo podría optar por una indemnización del interés contractual negativo o interés de confianza. No obstante, para otros, cabe perfectamente exigir el interés contractual positivo y la resolución del contrato. Esta última solución es la que ha sido acogida por nuestra jurisprudencia y, de acuerdo con la legislación, también por el TRLGDCU. Por su parte, GÓMEZ POMAR/ GILI SALDAÑA, *Anuario de derecho Civil*, Tomo LXVII, fasc. IV, p. 128, defienden que la medida indemnizatoria asociada a la resolución no ha de ser siempre la misma, pudiendo ser el interés contractual positivo o negativo dependiendo de las concretas circunstancias del incumplimiento en cada relación contractual y de la mayor o menor facilidad que el ordenamiento reconozca al acreedor para resolver. Así, establecen que cuando la resolución en sí no suponga coste alguno para el deudor incumplidor y no haya garantías de que el incumplimiento del deudor vaya a ser considerado un incumplimiento resolutorio, una indemnización del interés contractual positivo será probablemente necesaria para generar los incentivos adecuados a cumplir. En cambio, cuando la resolución sea por sí sola costosa para el deudor incumplidor y hay un cierto riesgo de que el comprador resuelva el contrato de manera oportunista, una indemnización del interés contractual positivo resultará excesiva y acentuará de modo inadecuado el incentivo del comprador a la resolución excesiva e ineficiente, mientras que medidas indemnizatorias atenuadas resultarán más atractivas como acompañamiento de la resolución por incumplimiento.

¹¹⁸ CÁMARA LAPUENTE, *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021, p. 32.

¹¹⁹ Precisamente la expresión *si procede* utilizada expresamente en el art. 117.1 TRLGDCU, parece hacer referencia a la necesidad de que estén presentes los requisitos impuestos por la regulación de este remedio contenida en los arts. 1101 y siguientes del Código Civil.

pueden liquidarse como un daño u otro. De esta forma, el consumidor podrá reclamar todos los daños que se hayan producido en su entorno digital como consecuencia de la prestación defectuosamente cumplida y también en el caso de que haya incurrido en algún gasto como consecuencia del contrato, que finalmente resultó inútil¹²⁰. Del mismo modo, será indemnizable el valor de la reparación de los contenidos si la asumió el comprador (los llamados costes incidentales en los que el acreedor ha incurrido como consecuencia del incumplimiento) y la diferencia de valor entre los contenidos finalmente adquiridos y los que adquirió por el contrato incumplido¹²¹.

En definitiva, se consagra en la legislación protectora de consumidores el derecho a una indemnización de daños y perjuicios como remedio complementario a los previstos en la Directiva. La falta de una regulación pormenorizada de este remedio en el TRLGDCU determina que se haya de acudir a las reglas generales y la interpretación de las mismas dadas por los Tribunales.

7. Plazos

La DCSD regula en el art. 11 apartados 2 y 3 el plazo para hacer efectivo el derecho del consumidor que, en todo caso, debe garantizarse en los ordenamientos jurídicos nacionales. Sobre esta cuestión, se da libertad a los Estados miembros para que determinen los plazos de garantía y/o prescripción de las acciones estableciéndose uno mínimo de dos años desde la entrega del contenido o servicio para los contratos de tracto único, y la responsabilidad del empresario durante todo el tiempo de vigencia del contrato, en los contratos de tracto sucesivo. Hubiese sido deseable, en nuestra opinión, una armonización plena sobre esta cuestión tan trascendental en materia de garantías. Dada la actual regulación, cada país puede imponer su propio plazo, lo que sin duda determinará gran inseguridad jurídica, fundamentalmente para los proveedores, que deberán conocer qué plazos se aplican en cada Estado miembro o en cuáles no existe el mismo¹²².

En concreto, el legislador español ha regulado esta cuestión en los arts. 120 y 124 TRLGDCU estableciendo, por un lado, el plazo de garantía y, por otro, el plazo de prescripción de la acción.

¹²⁰ Como pone de manifiesto CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, p. 1295, el daño a intereses de indemnidad (en la propiedad o en la integridad física) es neutral y su resarcimiento procederá siempre.

¹²¹ En cualquier caso, se ha de tener en cuenta que el Derecho no ampara el enriquecimiento injusto de forma que en ningún caso se indemnizará con una cuantía de mayor valor que el daño efectivamente causado (sobre los límites de elección del acreedor sobre las partidas a indemnizar, véase CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, p. 1300. Asimismo, existen tres paliativos o limitaciones que habrán de tenerse en cuenta para el cálculo de la indemnización. En primer lugar, el deber de mitigar el daño de la parte perjudicada, el test de la previsibilidad de los daños y, por último, los daños ocasionados en todo o en parte por la parte perjudicada. Véase, por todos, PÉREZ VELÁZQUEZ, *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, Madrid, 2016, p. 181.

¹²² En la propuesta de Directiva de 2015 no se establecía ningún plazo al respecto, obligando a los Estados miembros a no establecerlo tampoco, con independencia de los plazos de prescripción de la acción que existiesen en cada ordenamiento. Así, el considerando 43 de la misma establecía lo siguiente: «Debido a su naturaleza, los contenidos digitales no son objeto de desgaste y con frecuencia se suministran a lo largo un periodo de tiempo y no en una entrega única. Se justifica, por tanto, que no se establezca un periodo durante el cual el proveedor sea responsable de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de suministro de los contenidos digitales. En consecuencia, los Estados miembros deben abstenerse de mantener o introducir dicho periodo. Los Estados miembros deben seguir teniendo libertad para basarse en las normas de prescripción nacionales para garantizar la seguridad jurídica en relación con las reclamaciones basadas en la falta de conformidad de los contenidos digitales». Se prefiere, sin duda, esta solución por ser más protectora del consumidor y más uniforme.

En primer lugar, el art. 120.1 TRLGDCU establece el plazo de garantía para los contenidos digitales que se suministren en un solo acto o en una serie de actos individuales, disponiendo que el empresario será responsable por las faltas de conformidad que existan en el momento de del suministro y que se manifiesten en el plazo de dos años desde el suministro. En los casos de suministro continuo, el empresario será responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que se produzca o se manifieste dentro del plazo durante el cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales de acuerdo con el contrato. Se sigue así con lo expresamente establecido en la Directiva, sin hacer uso, por tanto, de la facultad de aumentar el plazo de garantía¹²³. Como ha sido puesto de manifiesto, este plazo, tal y como aparece configurado en la norma, se trata de un plazo dirigido a la distribución de riesgos entre las partes. De esta forma, los defectos que se manifiesten después de estos dos años deberán ser soportados por el consumidor, aunque fueran preexistentes al momento de la entrega¹²⁴.

Es importante tener en cuenta que, como dispone el art. 121 TRLGDCU, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en el año siguiente al suministro del contenido o servicio digital suministrado en un acto único o en una serie de actos individuales, ya existían cuando el contenido o servicio digital se suministró, excepto cuando esta presunción sea incompatible con su naturaleza o la índole de la falta de conformidad. Igualmente, en el caso de suministro continuo, cuando la falta de conformidad se manifieste durante el suministro (art. 12.3 DCSD). De esta forma, será el empresario el que deba demostrar que el defecto no existía en el momento del suministro para liberarse de su responsabilidad. Esta regla resulta lógica teniendo en cuenta que, por la especialidad técnica de los contenidos, el empresario se encuentra en una mejor posición para averiguar el origen o causa del defecto manifestado¹²⁵.

Sólo en el caso de que el empresario demuestre que el entorno digital del consumidor o usuario no es compatible con los requisitos técnicos de los contenidos o servicios digitales objeto del contrato, y cuando el empresario haya informado al consumidor sobre dichos requisitos técnicos de forma clara y comprensible con anterioridad a la celebración del contrato, se invertirá la carga de la prueba, debiendo en este caso el consumidor demostrar que ya existía el defecto en el momento del suministro. De esta forma, el cumplimiento del deber de información sobre la compatibilidad de los contenidos, su interoperabilidad, así como de los requisitos técnicos necesarios para que estos funcionen correctamente, determinará la inversión de la carga de la prueba en contra del consumidor.

Asimismo, se impone al consumidor la obligación de cooperar «en la medida de lo razonablemente posible y necesario» y «siempre usando los medios técnicos disponibles que sean menos intrusivos para el consumidor», con el empresario, en orden a facilitar la prueba para conocer si la falta de conformidad radica en el entorno del mismo. Así, por ejemplo, como dispone el considerando 60 DCSD, facilitando al empresario informes sobre incidentes generados

¹²³ No obstante, sí ha hecho uso de esta facultad que le otorga el art. 10.3 Directiva 771/2019, para los bienes de consumo. En efecto, se ha establecido que, para estos, el plazo sea de 3 años, aumentando así el tiempo de garantía también respecto de lo que se prevé actualmente que es de dos años desde la entrega del bien (art. 123.1 TRLGDCU).

¹²⁴ MARÍN LÓPEZ, «Artículo 123», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p.p. 1779.

¹²⁵ Así expresamente se dispone en el considerando 59 DCSD. Sobre esta cuestión, también CÁMARA LAPUENTE, *InDret* 3/2016 p. 48.

automáticamente o datos de la conexión a internet del consumidor. No obstante, cuando el consumidor no coopere con el empresario y el consumidor haya sido informado de las consecuencias de la falta de cooperación con anterioridad a la celebración del contrato, la carga de la prueba corresponderá igualmente al consumidor, que deberá demostrar la existencia de la falta de conformidad y que esta existía en el momento de celebración del contrato (art. 121.4 TRLGDCU y 12.5 DCSD). Se impone aquí un nuevo deber de información precontractual cuyo fin fundamental es que el consumidor conozca su deber legal de cooperar con el empresario para determinar si el origen del defecto se halla en su entorno o en la incompatibilidad del mismo con el contenido. Al respecto, llama la atención que se imponga un deber de información que recaerá sobre una obligación legal (deber de cooperar) que el consumidor no puede ignorar por estar, precisamente, impuesta por una Ley. En cualquier caso, esta información estará, habitualmente, *escondida* en el texto de las condiciones generales del contrato, lo que determinará que, en la mayoría de los casos, el consumidor no la haya leído ni la conozca. Quizás hubiese sido más efectivo imponer este deber de información en el momento en que se produzca el supuesto, de tal forma que el consumidor conozca las consecuencias de no actuar conforme se exige legalmente en el momento en que se exige su colaboración.

Conviene resaltar que se ha suprimido la obligación del consumidor (prevista en el actual art. 123.5 TRLGDCU), de informar al empresario de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella. Esta obligación sí se prevé en la Directiva 771/2019 (art.12)¹²⁶ pero no en la DCSD, que prohíbe expresamente su imposición en el considerando 11 de la misma. Ello no impide, sin embargo, que pueda exigirse el ejercicio del derecho conforme a la buena fe lo que determina, en nuestra opinión, que el consumidor efectivamente debe informar al empresario de la falta de conformidad en un plazo razonable de acuerdo con las circunstancias. Actuar de forma contraria no determinará, en ningún caso, la pérdida de los derechos por el consumidor. No obstante, puede tener otros efectos como la reducción del importe de la indemnización por daños y perjuicios que se le deba, en su caso, cuando el retraso en la comunicación haya provocado más daños de los esperados¹²⁷.

Los plazos de garantía y presunciones establecidos en el art. 120 y art. 121 quedan suspendidos en el momento en que el consumidor o usuario ponga el bien o el contenido o servicio digital a disposición del empresario y se reanudan en el momento en que se produzca el suministro del contenido o servicio digital, ya conforme, al consumidor o usuario (art. 122 TRLGDCU).

En cuanto a la prescripción de la acción, establece el art. 124 TRLGDCU prescribirá a los cinco años desde la manifestación de la falta de conformidad, aumentándose el plazo respecto del que se prevé en el actual art. 123 TRLGDCU que es de tres años. Se cumple así con la exigencia de la legislación europea (establecida en el art. 11.2 párrafo segundo y art. 11.3 párrafo segundo DCSD) conforme a la cual el plazo de prescripción debía permitir al consumidor exigir las medidas

¹²⁶ No obstante, el considerando 46 de la Directiva 771/2019 da libertad para imponer dicho plazo, al establecer que: «Los Estados miembros deben poder garantizar que los consumidores disfruten de un mayor nivel de protección, no estableciendo dicha obligación». De esta forma, el legislador español ha aumentado la protección del consumidor en este punto al suprimirla.

¹²⁷ Sobre esta cuestión hay que tener en cuenta el deber (carga) de mitigar el daño por parte del acreedor ya consolidado en nuestra jurisprudencia. De esta forma, entendemos que, si el consumidor ha podido evitar la extensión de los daños siendo diligente en la comunicación del defecto al suministrador, podrá después descontarse del quantum indemnizatorio debido por este último. Sobre este efecto, PÉREZ VELÁZQUEZ, «La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato», *Indret* 1/2015, p. 49.

correctoras establecidas en el artículo 14 DCSD por cualquier falta de conformidad que se produzca o se manifieste durante el período mínimo indicado (dos años para suministro único y durante la vigencia del contrato para el suministro continuado). Es de destacar que el plazo comience a contar desde la manifestación del defecto y no desde la entrega del contenido, tal y como sucede actualmente en el art. 123 TRLGDCU para los bienes de consumo, duramente criticado en este aspecto¹²⁸.

8. Conclusiones

La DCSD ha supuesto, sin duda, un importante paso en orden a la unificación del Derecho de contratos en la UE y el impulso del Mercado Digital interior. Aunque efectivamente no se partía de un vacío normativo, la norma regula una cuestión fundamental cual es la del régimen jurídico de los derechos contractuales del consumidor en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Con dicha regulación se unifican los criterios de cumplimiento y remedios, logrando así regulación armonizada a nivel europeo. De esta forma, se obtiene mayor seguridad jurídica para las empresas que actúan en el sector, que podrán dirigir sus productos o servicios con la seguridad de conocer la regulación aplicable. También para los consumidores, cuyos derechos serán los mismos en cualquier transacción transfronteriza que realicen.

Esta Directiva ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico por el Título VIII del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, que modifica el TRLGDCU para adaptarlo tanto a la DCSD como a la Directiva 771/2019, sobre compraventas de consumo. En concreto, se realiza un tratamiento unificado de los requisitos de conformidad y los remedios disponibles para la compraventa y para el suministro de contenidos y servicios digitales, diferenciando en determinadas cuestiones de acuerdo con la naturaleza del bien. En este trabajo nos hemos centrado en el análisis de las principales cuestiones y novedades de la regulación aplicable a los contratos de suministro de contenidos digitales, con el fin último de poner de manifiesto los aciertos y desaciertos de la misma en orden a lograr una efectiva protección del consumidor de estos bienes. Al respecto, se pueden formular las siguientes conclusiones:

I. Respecto al sujeto protegido por la norma, se consolida una vez más la necesidad de que este actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o empresarial. Respecto a lo usos mixtos o en los que se adquiere el contenido digital por un particular que, sin embargo, obtiene beneficios con su uso (supuestos estos bastante comunes en el mercado digital) podemos imaginar que continuarán los criterios jurisprudenciales ya consagrados sobre los mismos. Así, en el primer caso, se exigirá un uso comercial residual para que sea considerado consumidor. En el segundo caso que no se realice la actividad de forma habitual tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo.

II. Al incorporarse la DCSD al TRLGDCU, el suministrador de los contenidos o servicios digitales será toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Se ha de señalar que, en muchos casos, el suministrador será una plataforma digital. Sobre el cliente de los bienes o servicios ofertados en la plataforma cabe cuestionarse si también es parte de un contrato con la plataforma que usa o

¹²⁸ MARÍN LÓPEZ, «Artículo 123», *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, p. 1779.

es un mero destinatario de un servicio de la sociedad de la información. Aquí habrá que distinguir dos supuestos diferentes. En primer lugar, si sólo usa la plataforma para buscar información sobre los bienes o servicios ofertados en la misma, sin registro ni compromiso por su parte, entendemos que no hay contrato y solo un uso de un servicio de Internet regulado por supuesto, por la LSSICE. En segundo lugar, si finalmente adquiere el bien o servicio a través de la plataforma, hemos de entender, en línea de principio, que también contrata con la plataforma pues aceptará sus términos y se registrará por sus normas, amén de proporcionar además sus datos personales para que este los utilice con fines comerciales. No obstante, entendemos que en el supuesto de que la plataforma digital actúe como intermediaria del contrato que se celebre entre el empresario y el consumidor, no será responsable por las faltas de conformidad de los contenidos o servicios digitales suministrados al no haber acogido el legislador español la posibilidad de ampliar la responsabilidad a la misma en estos supuestos

III. El contrato regulado en la Directiva comprende tanto los negocios en los que el empresario se obliga a proporcionar datos producidos y suministrados en formato digital (como pueden ser programas de ordenador, archivos musicales, juegos digitales, libros electrónicos, etc.) como servicios digitales que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el programa (software) y servicios tales como el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales. Por su parte, el legislador español se ha limitado a determinar en su art. 59 bis el concepto de contenido y servicio digital. No obstante, la nueva definición del contrato de servicios sí incluye a aquellos digitales de forma que se ha optado por incluir al contrato cuyo objeto sea un servicio digital en la categoría de los contratos de servicios, dejando sin tipificar, sin embargo, a los contratos de suministro de contenidos digitales.

IV. Una de las principales novedades de la DCSD es la de incluir dentro de su ámbito de aplicación a los contratos de suministro en los que el consumidor no paga un precio en dinero si no que cede sus datos personales al profesional para que este los trate, obteniendo importantes beneficios. Esta decisión ha sido generalmente alabada pues se reconoce por primera vez el valor que tienen los datos personales en este mercado, protegiendo así el interés del consumidor en el contrato. En estos casos es necesario que el consumidor consienta expresamente en el tratamiento de sus datos personales mediante una conducta activa (11.4 RGPD) y, además, tendrá un derecho a revocar el consentimiento otorgado sin necesidad de alegar causa alguna (art. 7.3 RGPD). Respecto a los efectos contractuales del ejercicio de este derecho del consumidor, se ha determinado que el suministrador tendrá derecho a resolver el contrato siempre que se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte (art. 119 ter, apartado 7 TRLGDCU).

V. En cuanto a las obligaciones principales del empresario son, por un lado, la de suministrar el contenido o servicio digital en el plazo establecido o, en caso de que no se haya establecido ninguno, sin demora indebida tras la celebración del contrato. Asimismo, ha de cumplir su obligación de acuerdo con los parámetros subjetivos y objetivos de conformidad. Así, los primeros serán los que expresamente previstos en el acuerdo y, los segundos, los requisitos que, en todo caso, han de reunir los contenidos o servicios digitales. Estos últimos se concretan en el cumplimiento de las leyes y códigos de conducta a los que esté adherido el suministrador, las expectativas razonables del consumidor, las prestaciones y características normales que presenten los contenidos y servicios digitales del mismo tipo y la obligación de suministrar las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad de los contenidos o servicios digitales.

Se prevé que el contrato excluya alguna característica derivada de estos requisitos objetivos de conformidad, siempre que se haya aceptado expresamente y por separado en el momento de celebración del contrato.

VI.- El art. 117. 2 TRLGDCU (art. 10 DCSD) prevé un supuesto concreto de falta de conformidad por vulneración de derechos de terceros. Se introduce por primera vez este supuesto de falta de conformidad jurídica en una Directiva de la Unión Europea (también previsto en el art. 9 de la Directiva 771/2019). No cabe duda de la especial relevancia que tiene esta previsión en el contrato de suministro de contenidos digitales pues, en la mayoría de los casos, estos estarán sujetos a derechos de terceros y, más concretamente, a derechos de propiedad intelectual. De esta forma, el proveedor del contenido deberá contar con las licencias o permisos necesarios para que el consumidor pueda hacer uso del mismo de acuerdo con lo establecido en el contrato y conforme a lo que pueda razonablemente esperar. En cuanto a las consecuencias jurídicas, este supuesto se identifica con una falta de conformidad, de tal forma que el consumidor podrá exigir las medidas correctoras reguladas en la normativa y que son la puesta en conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato.

VII. El sistema de remedios puestos a disposición del consumidor en caso de incumplimiento del empresario, es jerarquizado y se compone de tres medidas que son la puesta en conformidad, la reducción del precio y la resolución del contrato.

VIII. La puesta en conformidad se trata básicamente de la corrección de la prestación por parte del suministrador. El consumidor no puede elegir la forma en la que se pondrán los bienes en conformidad ni se distingue entre reparación y sustitución, adecuando este remedio a la especial naturaleza de estos bienes. Se exigirá siempre que se realice en un periodo de tiempo razonable, sin coste y sin mayores inconvenientes para el consumidor. El empresario podrá, no obstante, eximirse de esta obligación cuando implique costes desproporcionados o cuando resulte imposible. En estos casos, el consumidor podrá optar, entonces, por los siguientes remedios, estos son, la reducción del precio o la resolución del contrato.

IX. La reducción del precio trata fundamentalmente de reequilibrar las posiciones de las partes en el contrato, cuando el contenido digital no ha sido puesto en conformidad. En este caso, se reduce el precio que el consumidor ha pagado en proporción a la disminución del valor de los contenidos finalmente suministrados. En nuestra opinión, este remedio está justificado en los casos en los que el contenido o servicio se presta durante un tiempo y ha fallado en determinados periodos. Igualmente, en los casos en los que el empresario ha realizado el bien siguiendo las instrucciones o necesidades del consumidor. En los demás supuestos (mayoritarios en la práctica) en los que los contenidos suministrados son fungibles abogamos por una interpretación estricta del precepto, de forma que se permita al consumidor resolver el contrato, aún en supuestos de defecto leve, cuando pueda apreciarse que el defecto es importante para el consumidor (teoría subjetiva), que no hay oportunismo ni abuso de derecho, ni los costes de salida del contrato resultan irrazonables para ninguna de las dos partes. De esta forma, se evita también el posible oportunismo por parte del empresario que quiera aprovechar esta regulación para suministrar un contenido «defectuoso», aún a menor precio (si el remedio se ejercita finalmente por el consumidor), que de otra forma tendría que retirar

X. La resolución del contrato se prevé para el caso en que no se suministre el contenido digital, no haya sido puesto en conformidad o el defecto sea tan grave que justifique acudir a este remedio directamente. También en los casos de modificación del contrato durante la vigencia

del mismo. En este caso, se pone fin al contrato, debiendo las partes restituirse las prestaciones dadas en virtud del mismo. El empresario deberá rembolsar al consumidor el precio pagado. Asimismo, se abstendrá de usar cualquier contenido facilitado o creado por el consumidor durante el contrato e igualmente, pondrá a disposición del consumidor los mismos sin cargo alguno y en un formato habitualmente usado y legible electrónicamente. Nos llama la atención las excepciones a estas obligaciones contempladas por la norma, que parecen estar al servicio de los intereses del empresario más que en la consecución de una protección efectiva del consumidor. Por último, el empresario deberá cumplir con todas las obligaciones derivadas del RGPD en los casos en los que se le haya cedido datos personales y este los haya tratado.

XI. El considerando 73 DCSD dispone expresamente que el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de perjuicios debidos a una falta de conformidad o a un incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales. En concreto, el legislador español ha optado por reconocer expresamente este derecho en el art. 117.1 TRLGDCU para los supuestos de falta de conformidad, aunque cabe extenderlo, de acuerdo con el texto de la Directiva, también a los supuestos de incumplimiento definitivo. Puesto que el legislador no ha regulado este derecho expresamente, debemos de acudir a las normas generales que regulan este remedio y que se encuentran en el Código Civil. En cualquier caso, se indemnizará el interés contractual positivo de forma que se coloque al consumidor en la posición más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios hubiesen sido correctamente suministrados.

XII. Respecto a los plazos, el art. 120.1 TRLGDCU establece el plazo de garantía para los contenidos digitales que se suministren en un solo acto o en una serie de actos individuales, disponiendo que el empresario será responsable por las faltas de conformidad que existan en el momento de del suministro y que se manifiesten en el plazo de dos años desde el suministro. En los casos de suministro continuo, el empresario será responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que se produzca o se manifieste dentro del plazo durante el cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales de acuerdo con el contrato. Se sigue así con lo expresamente establecido en la Directiva, sin hacer uso, por tanto, de la facultad de aumentar el plazo de garantía. Los plazos de garantía y presunciones establecidos en el art. 120 y art. 121 quedan suspendidos en el momento en que el consumidor o usuario ponga el bien o el contenido o servicio digital a disposición del empresario y se reanudan en el momento en que se produzca el suministro del contenido o servicio digital, ya conforme, al consumidor o usuario (art. 122 TRLGDCU). En cuanto a la prescripción de la acción, establece el art. 124 TRLGDCU prescribirá a los cinco años desde la manifestación de la falta de conformidad, aumentándose el plazo respecto del que se prevé en el actual art. 123 TRLGDCU que es de tres años.

XIII. En definitiva, la nueva regulación sobre los derechos de los consumidores en los contratos de suministros de contenidos y servicios digitales aporta uniformidad en el tratamiento de estos negocios dentro de la Unión. No obstante, como hemos puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, creemos que existen algunas deficiencias en la normativa en orden a lograr una mayor seguridad jurídica y una más efectiva protección del consumidor.

XIV. Por último, conviene resaltar el tratamiento unificado que se realiza sobre los requisitos objetivos y subjetivos y los remedios disponibles tanto para el contrato de compraventa de bienes materiales como para el suministro bienes y servicios digitales. De esta forma, por finalizar con

una proposición de *lege ferenda*, estimamos que sería una buena oportunidad para el planteamiento de una regulación general del contrato de servicios en el marco del Derecho de consumo de la UE¹²⁹. En efecto, esta Directiva demuestra que cabe uniformar el régimen jurídico del cumplimiento e incumplimiento de los contratos de servicios en general, mejorando así la protección del consumidor en el ámbito de estos negocios que constituyen hoy día uno de los fundamentales del tráfico jurídico.

9. Bibliografía

AGUILERA RUIZ, Luis, «La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019, 770», en MARÍA TERESA ALONSO PÉREZ/ESTHER HERNÁNDEZ SÁINZ (dirs.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 117.ss.

AGUSTINOY GUILAYN, Albert/ MONCÚS RUIZ, Jorge, *Aspectos legales de las redes sociales*, Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2019.

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, «Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales», *Indret* 3/2016 (www.indret.com).

ARENAS RAMIRO, Mónica, «Reforzando el ejercicio del derecho a la protección de datos personales: viejas y nuevas facultades», en ARTEMI RALLO LOMBARTE/ROSARIO GARCÍA MAHAMULT (coords.), *Hacia un nuevo derecho de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 31 ss.

ARNAU RAVENTÓS, Lidia, «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», en ESTHER ARROYO AMAYUELAS/SERGIO CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 79 ss.

ARNAU RAVENTÓS, Lidia, «La facultad de suspender el propio cumplimiento: una propuesta de construcción desde el derecho español y el CESL», *Anuario de derecho Civil*, Tomo LXVI, fasc. III, 2013, pp.1279 ss.

BEALE, Hugh, *Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment*, Workshop for the Juri Committee. Disponible en <http://www.epgencms.europarl.europa.eu> (Fecha de consulta: 20.7.21).

BEHAR-TOUCHAIS, Martine, «Remedies in the Proposed Digital Content Directive. An overview», en REINER SCHULZE/DIRK STAUDENMAYER/SEBASTIAN LOHSSE (eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory, Challenges and Gaps*, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 129 ss.

¹²⁹ En efecto, la gran variedad de servicios existentes en el mercado y que se ofertan a los consumidores por parte de empresarios y profesionales ha determinado, en cierta medida, que no exista una regulación específica dirigida a todos estos, si no que se ha optado por regular determinados contratos en particular.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)», *Diario la Ley*, núm.9881, junio, 2021.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales», en ESTHER ARROYO AMAYUELAS/SERGIO CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 141 ss.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret* 3/2016 (www.indret.com).

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista Cesco de derecho de consumo* 11/2014 (<https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/579>).

CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, Civitas, 3ª edición, Pamplona, 2021.

CASTILLO PARRA, José Antonio, «Economía digital y datos entendidos como bienes», en JOSÉ ANTONIO CASTILLO PARRA (dir.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, pp. 283 ss.

CUENA CASAS, Matilde, «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.12, núm.2, octubre, 2020, pp. 283 ss.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M^a Isabel, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de los contenidos o servicios digitales a elección del usuario», *Revista de Derecho privado*, núm. 104, 4, 2020, pp. 93 ss.

ESPÍN ALBA, Isabel, «Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y prosumidores en el mercado único digital», *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, 6, 2020, pp. 3 ss.

FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio, «El ámbito material de la aplicación de la nueva Directiva relativa a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: aspectos clave», en LUIS ANTONIO FERNÁNDEZ VILLAZÓN (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2020, pp. 559 ss.

GARCÍA PÉREZ, Rosa M^a, «Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales», en ESTHER ARROYO AMAYUELAS/SERGIO CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 175 ss.

GÓMEZ POMAR, Fernando, «El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», *Indret* 4/2019, (www.indret.com).

GÓMEZ POMAR, Fernando/GIL SALDAÑA, Marian, «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el derecho español de

Contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas», *Anuario de derecho Civil*, Tomo LXVII, fasc. IV, 2014, pp. 1199 ss.

GSELL, «Article 14», en REINER SCHULZE/DIRK STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article by article Commentary*, Nomos, Baden Baden, 2020, pp. 241 ss.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Artículo 121», en RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 1761 ss.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Artículo 122», en RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 1770 ss.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Artículo 123», en RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 1775 ss.

MIRANDA SERRANO, Luís María, «El derecho de desistimiento en los contratos de consumo de contenidos digitales», *La Ley Mercantil*, núm. 76, enero, 2021.

MORAIS CARVALHO, Jorge, «Introducción a las nuevas directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales», en ESTHER ARROYO AMAYUELAS/SERGIO CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 31 ss.

MORALES BARCELÓ, Judith, «El consentimiento del interesado en materia de protección de datos del reglamento UE 2016/679», en JOSÉ ANTONIO CASTILLO PARRA (dir.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2019, pp. 307 ss.

NAVARRO CASTRO, Miguel, «El ánimo de lucro en la delimitación del concepto de consumidor», en JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ/ CARMEN LEONOR GARCÍA PÉREZ (coords.), *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp.321 ss.

PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan pablo, *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, Madrid, 2016.

PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan pablo, «La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato», *Indret* 1/2015 (www.indret.com).

ROSENKRANZ, Frank, «Article 10», en REINER SCHULZE/DIRK STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article by article Commentary*, Nomos, Baden Baden, 2020, pp. 183 ss.

SCHULZE, Reiner/STAUDENMAYER, Dirk/LOHSSE, Sebastian, «Contracts for the supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps- An introduction», en REINER SCHULZE/DIRK

STAUDENMAYER/ SEBASTIAN LOHSSE (edis.), *Contracts for the supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 11 ss.

SEIN, Karin / SPINDLER, Gerald, «The new Directive on contracts for supply of digital content and digital services-conformity criteria, remedies and Modifications-Parts 2», *European Review of Contract Law*, nº15, 2019.

SÉNÉCHAL, Juliette, «Article 2», en REINER SCHULZE/ DIRK STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article by article Commentary*, Nomos, Baden Baden, 2020, pp. 43 ss.

SÉNÉCHAL, Juliette, «Article 16(2) of the Digital Content and Digital Services Directive on the Consequences of Termination of Contract and Union Law on the Protection of personal Data», en *Data as counter-performance-Contract Law 2.0?*, Nomos, Baden-Baden, 2020.

SPINDLER, Gerald, «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret* 3/2016, (www.indret.com).

STAUDENMAYER, Dirk, «Article 3», en REINER SCHULZE/ DIRK STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article by article Commentary*, Nomos, Baden Baden, 2020, pp. 57 ss.

TWIG-FLESNER, Christian, «Conformity of goods and Digital content/digital Services», en ESTHER ARROYO AMAYUELAS/SERGIO CÁMARA LAPUENTE (dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 49 ss.

ZOLL, Fryderyk, «The Remedies in the Proposals of the only Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content», *Journal of European Consumer and Market Law* Volume 5, Issue 6, 2016.

Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales

Sumario

-
La posibilidad de que los datos personales constituyan una contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales ha sido prevista por vez primera en la Directiva (UE) 2019/770 sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Sin embargo, la regulación que recoge es muy sucinta, dejando en el aire muchas cuestiones, como la concreta calificación contractual que ha de darse a los contratos de intercambio de datos personales por contenidos o servicios digitales, el momento y la forma en la que se produce la cesión de los datos personales, las especialidades que plantea el ejercicio de los deberes de información precontractual a cargo del empresario, los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento y de la revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales por parte del consumidor o las consecuencias del incumplimiento del contrato tanto por parte del empresario como por parte del consumidor. A estas y otras cuestiones se tratará de dar respuesta en las siguientes páginas.

Abstract

-
The possibility that personal data may constitute a consideration in contracts for the supply of digital content or services has been provided for the first time by Directive (EU) 2019/770 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services. However, the regulation it contains is very succinct, leaving many questions unanswered, such as the specific contractual qualification to be given to contracts for the exchange of personal data for digital content or services, the time and form in which the transfer of personal data takes place, the special features of the exercise of pre-contractual information duties by the entrepreneur, the effects of the exercise of the right of withdrawal and revocation of consent to the processing of personal data by the consumer or the consequences of breach of contract by both the entrepreneur and the consumer. These and other questions will be addressed in the following pages.

Title: *Personal data as a possible consideration in contracts for the supply of digital content and digital services*

-
Palabras clave: Consumidores, Datos personales, Contraprestación, Contenido digital, Servicio digital, Contratación electrónica.

Keywords: *Consumers, Personal Data, Consideration, Digital Content, Digital Service; E-Contracting.*

-
DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.03

4.2021

Recepción
22/06/2021

-

Aceptación
26/07/2021


-

Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. Marco jurídico**
- 3. El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales**
- 4. La cesión de datos personales para su tratamiento por un tercero**
 - 4.1. Derecho a la protección de datos de carácter personal
 - 4.2. El consentimiento del titular como presupuesto de la licitud del tratamiento de datos personales
- 5. La cesión de datos personales como posible contraprestación contractual en el marco del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales**
 - 5.1. Los datos personales como instrumento de cambio en el mercado
 - 5.2. Valor económico de los datos personales
 - 5.3. Supuestos excluidos: la cesión de datos personales como requisito técnico o legal para el suministro de contenidos y servicios digitales
- 6. Algunas cuestiones controvertidas en torno a la configuración de la cesión de datos personales como contraprestación contractual en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales**
 - 6.1. Calificación contractual
 - 6.2. Momento y forma de cesión de los datos personales del consumidor
 - 6.3. Deberes de información precontractual
 - 6.4. Ejercicio del derecho de desistimiento
 - 6.5. Problemas relativos a la emisión y revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales del consumidor
 - a. Emisión de un consentimiento libre
 - b. Revocación del consentimiento
 - 6.6. Consecuencias del incumplimiento del contrato
 - a. Incumplimiento contractual por parte del consumidor
 - b. Incumplimiento contractual por parte del empresario
 - c. En particular, los efectos de la resolución del contrato
- 7. Conclusiones**
- 8. Tabla de sentencias citadas**
- 9. Bibliografía**

-

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

1. Introducción*

Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales han experimentado un importante auge en los últimos tiempos y cada vez tienen un mayor protagonismo en la economía de la Unión Europea. El mayor crecimiento se ha producido en la adquisición de contenidos y servicios digitales en línea, y a su vez es donde existen mayores incertezas, dado su carácter relativamente novedoso. Y es que, aunque la Directiva (UE) 2019/770 sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales ha tratado de dotar a este tipo de contratos de un marco legal unitario que proporcione mayor seguridad jurídica a los consumidores en un mercado cada día más globalizado, todavía existen muchas cuestiones pendientes de desarrollo legislativo, y a buen seguro que van a ir apareciendo otras nuevas, pues es evidente que nos encontramos ante una materia en constante evolución.

Una de las cuestiones que más controversias genera en relación a este tipo de contratos tiene que ver con aquellos supuestos en los que el consumidor que adquiere los contenidos o servicios digitales no ha de efectuar a cambio ninguna contraprestación de carácter dinerario. Aunque pudiera parecer que nos encontramos ante contratos gratuitos, veremos que en realidad no siempre es así. De hecho, en la mayoría de los casos sí que existe una contraprestación a cargo del consumidor, consistente en la cesión de sus datos personales para su tratamiento por parte del empresario que suministra los contenidos o servicios digitales, cuando dicha cesión comprende más datos de los necesarios desde un punto de vista técnico o legal para que el empresario pueda suministrarle los mencionados contenidos o servicios. Como tendremos la oportunidad de observar, aunque el legislador ha establecido algunas precisiones para este tipo de contratos, todavía quedan muchas cuestiones sin resolver.

A lo anterior hay que añadir que el marco regulador de este tipo de contratos implica la interacción de dos normativas distintas, cuyos principios inspiradores no siempre se compaginan bien: por un lado, las normas existentes en materia de consumo, en particular, las reguladoras de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales; y, por otro, la legislación dictada en materia de protección de datos personales.

Precisamente, comenzaré haciendo referencia al marco jurídico al que van a quedar sujetos estos contratos, con el objeto de que el lector pueda situarse. A continuación, mencionaré separadamente el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales y los supuestos de cesión de datos personales para su tratamiento por un tercero, para pasar a referirme posteriormente a la fusión de ambas realidades a través del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de la cesión de datos personales y, en concreto, a la posibilidad de que los datos personales actúen a modo de contraprestación contractual en el ámbito del comercio digital. Por último, abordaré las principales controversias que plantea este tipo de contratos, como su concreta calificación contractual, el momento y la forma en la que se produce la cesión de los datos personales, las especialidades que presenta el ejercicio de los deberes de información precontractual a cargo del empresario, los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento y de la revocación

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación MINECO: PID2019-105489RB-I00 «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos», IIPP. M^a Victoria Mayor del Hoyo / Sofía De Salas Murillo y del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

del consentimiento para el tratamiento de los datos por parte del consumidor o las consecuencias del incumplimiento tanto por parte del empresario como del consumidor.

2. Marco jurídico

Como anticipaba, el marco jurídico en el que nos vamos a mover estará integrado no solo por la normativa de protección de los consumidores, sino también por la de protección de datos personales. Además, en ambos ámbitos habrá que atender tanto a la normativa comunitaria como a nuestra legislación nacional.

En cuanto a la normativa comunitaria en materia de consumo, está constituida principalmente por la Directiva (UE) 2011/83 sobre los derechos de los consumidores¹ (DOUE n° 304, de 22.11.2011) (en adelante Directiva 2011/83) y por la Directiva (UE) 2019/770 sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales² (DOUE n° 136, de 22.05.2019) (en adelante: Directiva 2019/770)³. La primera de ellas, la Directiva 2011/83, derogó las Directivas 97/7/CE y 85/577/CEE sobre contratos celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles y se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico nacional a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE n° 76, de 28.3.2014) (en adelante: Ley 3/2014); mientras que la Directiva 2019/770 ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento a través del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (en adelante: Real Decreto-ley 7/2021)⁴, que entrará en vigor el 1 de enero de 2022 (Disp. Final octava, letra d)).

¹ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0083> (fecha de última consulta: 16.5.2021).

² Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019L0770> (fecha de última consulta: 16.5.2021).

³ Además, también habrá de tenerse en cuenta la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, más conocida como “Directiva sobre el comercio electrónico”; disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=ET> (fecha de última consulta: 18.5.2021); y que fue transpuesta a nuestro ordenamiento a través de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE n° 166, de 12.7.2002) (en adelante: LSSICE); así como la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE; disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=COM:2020:825:FIN> (fecha de última consulta: 04.08.2021).

⁴ De este modo, nuestro legislador ha dado cumplimiento al mandato recogido el artículo 24.1 de la Directiva 2019/770, que establece que “a más tardar el 1 de julio de 2021, los Estados miembros adoptarán y publicarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva (...)”.

Respecto a la relación entre ambas normas, la Directiva 2019/770 actúa a modo de ley especial frente a la Directiva 2011/83, pues mientras esta última establece el marco general de protección de los consumidores, la primera aborda de forma específica los contratos relativos al suministro de contenidos y servicios digitales, teniendo como principal objeto la creación de un marco jurídico unitario en toda Europa para este tipo de contratos. En este sentido, el Considerando 3 dispone que “deben armonizarse determinados aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, partiendo de la base de un alto nivel de protección de los consumidores, a fin de lograr un auténtico mercado único digital, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones, en particular para las pequeñas y medianas empresas (pymes)”. Por ello, aunque la Directiva “no afectará a la facultad de los Estados miembros de regular los aspectos del Derecho contractual en general, como pueden ser las normas sobre la celebración, la validez, la nulidad o los efectos de los contratos, incluidas las consecuencias de la terminación de un contrato en tanto en cuanto no estén reguladas en la presente Directiva, o el derecho a indemnización por daños y perjuicios” (art. 3.10) y pese a que “los Estados miembros deben seguir teniendo la libertad de determinar si se cumplen los requisitos relativos a la celebración, la existencia y la validez de un contrato con arreglo al Derecho nacional” (Considerando 24), se establece que “(...) no podrán mantener o introducir, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de las establecidas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva”(art. 4).

El ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770 se limita a los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor, quedando fuera por tanto los contratos celebrados entre empresarios (art. 3.1); y se extiende tanto a los contratos celebrados presencialmente en un establecimiento mercantil como a aquellos que se celebran a distancia, con independencia de si los contenidos o servicios digitales son suministrados en soporte digital o en línea (art. 3.3), que en los supuestos que se van a abordar en este trabajo será lo más habitual.

Además, en lo que aquí interesa, la Directiva 2019/770 comprende dentro de su ámbito de aplicación tanto los supuestos en los que “el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este paga o se compromete a pagar un precio” como aquellos en los que “el empresario suministre o se comprometa a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario, salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales con arreglo a la presente Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin” (art. 3.1). En este sentido, el Considerando 24 de la Directiva señala que “a menudo, los contenidos o servicios digitales se suministran también cuando el consumidor no paga un precio, pero facilita datos personales al empresario. Tales modelos de negocio ya se utilizan de diferentes formas en una parte considerable del mercado. Al tiempo que reconoce plenamente que la protección de datos personales es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse una mercancía, la presente Directiva debe garantizar que los consumidores, en el contexto de dichos modelos de negocio, tengan derecho a medidas correctoras contractuales. Por consiguiente, la presente Directiva debe aplicarse a los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilita o se compromete a facilitar datos personales (...)”.

Junto a la normativa comunitaria, el marco legal en materia de consumo se complementa con lo previsto en nuestra normativa nacional, y, en concreto, con el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE nº 287, de 30.11.2007) (en adelante: TRLGDCU), cuyo artículo 59.4 (en la redacción dada por art. 16.2 del Real Decreto-ley 7/2021) dispone que “el ámbito de aplicación de este Libro también abarcará los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor o usuario y este facilita o se compromete a facilitar datos personales (...)”.

Además, como anticipaba, también habrá que tener en cuenta las normas dictadas en materia de protección de datos personales. No en vano, el artículo 3.8 de la Directiva 2019/770 señala expresamente que “en particular, la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE (...)”, haciendo referencia de este modo a las dos principales normas europeas de protección de datos personales con incidencia en la materia que nos ocupa⁵:

En cuanto a la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas⁶ (DOUE nº 201, de 31.7.2002) (en adelante: Directiva 2002/58), se dictó con el objetivo de alcanzar “la armonización de las disposiciones nacionales necesarias para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad y a la confidencialidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de comunicaciones electrónicas en la Comunidad”. Posteriormente, sería objeto de modificación a través de la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores⁷ (DOUE nº 337, de 18.12.2009) (en adelante: Directiva 2009/136).

⁵ Junto a ellas existen otras, aunque con escasa o nula incidencia en la materia que estamos tratando. En concreto: el Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 45/2001 y la Decisión n.º 1247/2002/CE, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32018R1725> (fecha de última consulta: 22.5.2021); y la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32016L0680> (fecha de última consulta: 22.5.2021).

⁶ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0058> (fecha de última consulta: 22.5/2021).

⁷ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0011:0036:es:PDF> (fecha de última consulta: 22.5.2021).

Respecto al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE⁸ (DOUE n° 119, de 4.5.2016) (en adelante: Reglamento (UE) 2016/679), destaca sobre todo por ser de aplicación directa en todo el territorio de la Unión Europea⁹, desplazando, por tanto, a las normas de los ordenamientos nacionales que resulten contrarias al mismo. De este modo, se ha apostado por dotar a esta norma de una vocación claramente integradora, reduciendo el margen de actuación en los Estados miembros y tratando de poner fin a las divergencias en la protección de los datos personales entre las distintas normativas nacionales, que se debía a la distinta transposición que habían hecho los Estados de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos¹⁰ (DOUE n° 281, de 23.11.1995) (en adelante: Directiva 95/46). Al respecto, el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE n° 294, de 6.12.2018) (en adelante: LOPD), a la que enseguida me referiré, señala que “el Reglamento general de protección de datos pretende con su eficacia directa superar los obstáculos que impidieron la finalidad armonizadora de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos. La transposición de la Directiva por los Estados miembros se ha plasmado en un mosaico normativo con perfiles irregulares en el conjunto de la Unión Europea lo que, en último extremo, ha conducido a que existan diferencias apreciables en la protección de los derechos de los ciudadanos”.

En cualquier caso, ha de advertirse que en muchas materias el Reglamento (UE) 2016/679 se limita a fijar los principios generales en materia de protección de datos personales, permitiendo que el resto de cuestiones sean objeto de desarrollo y concreción por parte de los ordenamientos nacionales¹¹. De hecho, el Reglamento faculta a los Estados miembros para mantener o adoptar disposiciones a fin de especificar en mayor grado las normas del Reglamento (Considerando 10). Además, su artículo 85.2 permite que los Estados miembros incluyan en sus normativas exenciones o excepciones a determinadas disposiciones del Reglamento, si bien habrán de notificar a la Comisión Europea las disposiciones normativas en las que se adopten dichas exenciones y excepciones, así como cualquier modificación de las mismas.

Para cerrar el apartado relativo al marco jurídico ha de hacerse referencia a nuestra normativa nacional de protección de datos personales, que está recogida actualmente en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), que sustituyó a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de

⁸ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32016R0679> (fecha de última consulta: 22.5.2021).

⁹ Téngase en cuenta que, de acuerdo al artículo 288.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, “el Reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”.

¹⁰ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31995L0046> (fecha de última consulta: 22.5.2021).

¹¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «Los derechos de la personalidad», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.), *Curso de Derecho Civil (I)*, Vol. 2º: *Derecho de la persona*, Edisofer, Madrid, 2018, p. 303.

Carácter Personal (BOE nº 298, de 14.12.1999)¹² y que tiene como principal objeto la adaptación de nuestro marco normativo interno al Reglamento (UE) 2016/679, tal y como reconoce en su artículo 1 a). Además, junto a la LOPD habrá que tener en cuenta el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (BOE nº 17, de 19.1.2008) (en adelante: Real Decreto 1720/2007), pues este solo ha quedado derogado en aquellos puntos en los que se oponga o resulte incompatible con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la LOPD (párrafo 3º de la Disposición derogatoria única de la LOPD).

3. El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales

En mi estudio estoy abordando un tipo de contrato específico: el relativo al suministro de contenidos o servicios digitales. Por ello, antes de proseguir, creo que resulta de interés hacer una breve referencia al objeto sobre el que recae: los contenidos y servicios digitales.

La Directiva 2011/83 nos proporciona un concepto de contenidos digitales en su Considerando 19, en el que dispone que “por contenido digital deben entenderse los datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios”. Más escueto resulta el TRLGDCU, que en su artículo 59 bis.1 d) define los contenidos digitales como “los datos producidos y suministrados en formato digital”, mismo concepto que el previsto en el artículo 2.1 de la Directiva 2019/770. Sin embargo, la Directiva 2019/770 aborda esta cuestión también en su Considerando 19, en el que pone varios ejemplos de contenidos digitales: “programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, archivos de audio, archivos de música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas (...)”. Además, al igual que hace la Directiva 2011/83, menciona tanto los contenidos digitales suministrados a través de un soporte material como aquellos a los que se accede a través de internet, disponiendo que “existen numerosas formas de suministrar contenidos o servicios digitales, como la transmisión en un soporte material, la descarga por los consumidores en sus dispositivos, la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales”. Como vamos a ver más adelante, esta distinción entre contenidos digitales suministrados por medio de un soporte material o a través de internet tiene sus mayores efectos en materia de desistimiento de los contratos sobre contenidos digitales¹³.

En cuanto a lo que ha de entenderse por soporte material, parece que no coincide exactamente con el concepto de soporte duradero recogido en el artículo a59 bis.1 q) TRLGDCU (en la redacción dada por art. 16.3 del Real Decreto-ley 7/2021), que se refiere a él como “todo instrumento que permita al consumidor y usuario y al empresario almacenar información que se le haya dirigido personalmente de forma que en el futuro pueda consultarla durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita su fiel reproducción. Entre otros, tiene

¹² Que había transpuesto a nuestro ordenamiento nacional la Directiva comunitaria 95/46, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; y que sustituyó a la primera norma dictada en España en materia de protección de datos personales: la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (BOE nº 262, de 31.10.1992) (LORTAD).

¹³ Véase epígrafe 6.4.

la consideración de soporte duradero, el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador, los correos electrónicos, así como los mensajes SMS”. Y es que, a diferencia de este último, el concepto de soporte material es más restrictivo, pues incluye aquellos soportes que contienen únicamente los contenidos digitales de que se trate y que son suministrados por el empresario. Ello comprende algunos de los soportes mencionados en el artículo 59 bis.1 q) TRLGDCU, como CD-ROM, DVD o memorias USB, pero no otros, como por ejemplo el disco duro del ordenador, la tableta o el teléfono del consumidor (ni, por tanto, los contenidos descargados en ellos o suministrados mediante SMS o emails)¹⁴.

Respecto a los contenidos suministrados sin soporte material, cabe entender que se incluirán tanto los que únicamente pueden disfrutarse online como los que admiten descarga¹⁵.

Como vengo señalando, junto a los contenidos digitales, este tipo de contratos también puede tener como objeto servicios digitales, que el artículo 2.2 de la Directiva 2019/770 define como “un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital” (letra a)) o que bien “permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos” (letra b)) (véase también: artículo 59 bis.1 o) TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.3 del Real Decreto-ley 7/2021). Y, una vez más, el Considerando 19 de la Directiva 2019/770 menciona algunos ejemplos de servicios digitales, incluyendo aquellos “(...) que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el programa (software) como servicio, tales como el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales”.

4. La cesión de datos personales para su tratamiento por un tercero

4.1. Derecho a la protección de datos de carácter personal

El artículo 18 de la Constitución Española (en adelante: CE) señala que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Y, con fundamento en dicho precepto, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve la existencia de un derecho a la protección de los datos de carácter personal, al que también se suele conocer como derecho a la autodeterminación informativa¹⁶ o derecho a la privacidad¹⁷, muy vinculado a los derechos recogidos en el artículo 18.1 CE (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), ya que sirve a la protección de estos; pero dotado de un carácter autónomo: STC, 1ª, 8.3.1999 (Ar. 30; MP: María Emilia Casas

¹⁴ CÁMARA LAPUENTE, «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, Núm. 11, 2014, pp. 101-102; y MIRANDA SERRANO, «El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales», *La Ley*, Núm. 920, 2021, p. 9.

¹⁵ CÁMARA LAPUENTE, «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *CESCO*, Núm. 11, 2014, 154.

¹⁶ CONDE ORTÍZ, *La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, 2005, p. 27 ss.; y GUERRERO PICO, *El impacto de Internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, 2006, pp. 27 ss.

¹⁷ SALGADO SEGUÍN, «Intimidad, privacidad y honor en internet», *TELOS*, Núm. 85, 2010, p. 72.

Baamonde), STC, 1ª, 22.3.1999 (Ar. 44; MP: Rafael de Mendizábal Allende) y STC, Pleno, 30.11.2000 (Ar. 292; MP: Julio Diego González Campos)¹⁸.

La STC, Pleno, 30.11.2000 (Ar. 292) define el derecho a la protección de datos personales como “un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”. Además, la mencionada Sentencia señala que la calificación de carácter personal de los datos no quiere decir que únicamente cuenten con protección los datos relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que se protegen todos aquellos datos que contribuyan a su identificación, pudiendo servir para la confección del perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo. Es decir, no solo se protegen los datos íntimos, sino también el resto de datos relativos a la persona¹⁹.

En términos semejantes, el Reglamento (UE) 2016/679 define los datos personales como toda la información relativa a una persona física identificada o identificable (art. 4.1, al que se remite expresamente el art. 2.8 de la Directiva 2019/770). Al respecto, considera persona física identificable a aquella cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona²⁰. Ello excluye la posibilidad de aplicar los principios previstos en la normativa de protección de datos personales ante información anónima o anonimizada, de forma que el interesado no sea identificable o deje de serlo. De hecho, así lo prevé expresamente el Considerando 26 del Reglamento (UE) 2016/679: “los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo”.

Para cerrar este apartado, cabe apuntar que, en el caso de aquellas personas que lleven a cabo una actividad de carácter mercantil o profesional, debe distinguirse entre los datos que se refieren a su vida privada y aquellos relativos a su empresa o profesión, pues solo los primeros contarán con la tutela prevista en la normativa de protección de datos personales: SAN, Cont. Admin., Sec. 1ª, 12.5.2011 (Ar. 2; ECLI:ES:AN:2011:2363; MP: Diego Córdoba Castroverde), SAN, Cont. Admin., Sec. 1ª, 28.4.2015 (Ar. 724; ECLI:ES:AN:2015:1843; MP: Juan Pedro Quintana Carretero) y SAN, Cont. Admin., Sec. 1ª, 6.6.2017 (Ar. 206541; ECLI:ES:AN:2017:3111; MP: María Luz Lourdes Sanz Calvo).

¹⁸ Véase también en este sentido: LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I, volumen segundo: personas*, 2010, p. 112; y DE VERDA Y BEAMONTE, «Responsabilidad del gestor del motor de búsqueda por los contenidos por la indexación y almacenamiento de datos contenidos en sitios de internet: la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Núm. 1, 2014, p. 252.

¹⁹ PLAZA PENADÉS, «Aspectos básicos de la protección de datos de carácter personal», en DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 123.

²⁰ Una definición similar a la que recogían la Directiva 95/46 (art. 2 a)) y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (art. 3 a)).

4.2. El consentimiento del titular como presupuesto de la licitud del tratamiento de datos personales

El artículo 4.2 del Reglamento (UE) 2016/679 considera tratamiento de datos personales cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción²¹. En cuanto al responsable del tratamiento, será la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determina los fines y medios del tratamiento (art. 4.7 del Reglamento (UE) 2016/679).

Para que el tratamiento de los datos personales de un individuo por parte de un tercero pueda resultar lícito, es necesario que concurra alguna de las circunstancias previstas en la normativa. Y es que, como reconoce el Considerando 24 de la Directiva 2019/770, “el Derecho de la Unión relativo a la protección de los datos personales establece una lista exhaustiva de motivos legales para el tratamiento lícito de los datos personales”. Y, lógicamente, para determinar cuáles son dichas circunstancias o motivos que amparan el tratamiento de los datos personales por parte de un tercero habrá que recurrir al Reglamento (UE) 2016/679, pues como señala el Considerando 38 de la Directiva 2019/770 “la presente Directiva no debe regular las condiciones para el tratamiento lícito de datos personales, por cuanto esta cuestión está regulada, en particular, por el Reglamento (UE) 2016/679. Por consiguiente, todo tratamiento de datos personales en relación con un contrato que entre en el ámbito de aplicación de la presente Directiva solo es lícito si es conforme a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 en relación con los fundamentos jurídicos para el tratamiento de los datos personales. Cuando el tratamiento de datos personales esté basado en el consentimiento, en particular con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2016/679, son de aplicación las disposiciones específicas de dicho Reglamento, incluidas las relativas a las condiciones para valorar si el consentimiento se presta libremente. La presente Directiva no debe regular la validez del consentimiento prestado (...)”.

Precisamente, en este apartado me voy a centrar en el consentimiento del titular de los datos personales como presupuesto habilitante para su tratamiento, ya que, por hipótesis, en los contratos que nos ocupan, la licitud del tratamiento se basará en el consentimiento emitido por el consumidor. Al respecto, el artículo 6.1 a) prevé que el tratamiento será lícito cuando “el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos”. Y el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679 define el consentimiento para el tratamiento de los datos personales como “toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen” (véase en el mismo sentido: art. 6.1 LOPD).

Por tanto, la manifestación de voluntad a través de la cual se expresa el consentimiento ha de emitirse libremente. Al respecto, el artículo 7.4 del Reglamento (UE) 2016/679, dispone que “al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida

²¹ Una definición similar a la que ya recogía el artículo 2 b) de la Directiva 95/46 y que fue asumida también por el artículo 3 c) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato”; un aspecto que en los contratos que nos ocupan puede plantear dudas, como posteriormente veremos con mayor detalle²².

Además, la manifestación de voluntad ha de ser específica, informada e inequívoca, lo que excluye el consentimiento presunto²³. Y creo que también ha de descartarse el consentimiento tácito, pues el Considerando 32 del Reglamento (UE) 2016/679 señala que “el consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet (...) o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento (...)”. Para ello, “(...) debe proporcionarse un modelo de declaración de consentimiento elaborado previamente por el responsable del tratamiento con una formulación inteligible y de fácil acceso que emplee un lenguaje claro y sencillo, y que no contenga cláusulas abusivas. Para que el consentimiento sea informado, el interesado debe conocer como mínimo la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales (...)” (Considerando 42 Reglamento (UE) 2016/679). Unas previsiones que se complementan por lo dispuesto en el artículo 7.2, que señala que “si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento”.

Por lo demás, el Reglamento (UE) 2016/679 se refiere de forma específica al consentimiento emitido por los niños, dado que “merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño” (Considerando 38 Reglamento (UE) 2016/679). Al respecto, dispone en su artículo 8.1 que “cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años”.

²² Véase epígrafe 6.5. a.

²³ MARTÍNEZ ROJAS, «Principales aspectos del consentimiento en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, Núm. 42, 2016, p. 62; y MARTÍNEZ CALVO, *El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermnesia de internet*, 2021. P. 199.

De hecho, nuestro legislador ha decidido hacer uso de dicha facultad y a través del artículo 7.1 de la LOPD reduce el límite de edad a los catorce años: “el tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años”. Cuando se trate de menores de catorce años, el tratamiento de los datos “fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela” (art. 7.2 LOPD). Y lo mismo ocurrirá en aquellos supuestos en los que, pese a tratarse de menores de más de catorce años, “la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento” (art. 7.1 LOPD).

Por último, en cuanto a los datos personales especialmente protegidos, dispone el artículo 9.1 del Reglamento (UE) 2016/679 que “queda prohibido el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física”. Y aunque el párrafo segundo del mencionado precepto exceptúa dicha regla cuando “el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados”, a continuación, introduce una especie de excepción a la excepción, disponiendo que “excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado”. Por ende, el Reglamento (UE) 2016/679 faculta a los Estados miembros para suprimir la posibilidad de que puedan tratarse datos personales especialmente protegidos aun con el consentimiento del afectado. Una vez más, nuestro legislador ha hecho uso de dicha facultad y el artículo 9 LOPD prevé en su segundo párrafo que “a los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico”.

5. La cesión de datos personales como posible contraprestación contractual en el marco del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales

5.1. Los datos personales como instrumento de cambio en el mercado

La Directiva 2019/770 ha sido la primera norma en reconocer la posibilidad de que el titular de los datos personales pueda explotarlos y utilizarlos como instrumento de cambio en el mercado, configurando de este modo la cesión de los datos personales como una verdadera contraprestación contractual²⁴. Al respecto, ya hemos visto que su artículo 3.1 señala que la contraprestación que ha de realizar el consumidor a cambio de recibir los contenidos o servicios digitales puede consistir bien en el pago de un precio o bien en la cesión de sus datos personales para su tratamiento por parte del empresario: “la presente Directiva también se aplicará cuando el empresario

²⁴ DE BARRÓN ARNICHES, «La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)», *Cuadernos europeos de Deusto*, Núm. 61, 2019, p. 46; y MIRANDA SERRANO, «El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales», *La Ley*, Núm. 920, 2021, p. 11.

suministre o se comprometa a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario (...).”

Cabría plantearse si la comercialización de los datos personales no podría entrar en conflicto con lo dispuesto en el artículo 1271 del Código Civil (en adelante: CC), cuando señala que “pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres”. Y es que, dado que el artículo 18 CE configura la protección de datos de carácter personal como un derecho fundamental, quizá cabría considerar que estos no pueden ser utilizados como moneda de cambio en el mercado²⁵.

No obstante, creo que no hay por qué excluir que el consumidor pueda explotar sus datos personales y utilizarlos como contraprestación en el tráfico jurídico. De hecho, la posibilidad de disponer de un derecho propio de la personalidad a cambio de otra contraprestación (normalmente económica) no es ni mucho menos desconocida en nuestro Derecho. Basta pensar en los derechos a la intimidad o a la propia imagen, que, como sabemos, resultan disponibles en su dimensión patrimonial. Y es que, como se ha señalado desde la doctrina, aquí nos encontraríamos ante un supuesto equivalente, en el que no se dispone por completo del derecho a la protección de datos de carácter personal (pues tratándose de un derecho de la personalidad, resulta indisponible) sino parcialmente, en su dimensión patrimonial²⁶. Por ello, el contenido concreto de la contraprestación consistiría no en dar (ya que los datos personales constituyen un derecho personalísimo cuya propiedad no puede ser trasferida) sino en hacer²⁷. En particular, la obligación que asume el consumidor es la de ceder los datos al empresario para su tratamiento por parte de este.

A lo anterior hay que añadir que, como pone de manifiesto DOMÍNGUEZ YAMASAKI²⁸, no existe ninguna norma que excluya los datos personales del comercio, por lo que no cabría aplicar la prohibición del artículo 1271 CC. De hecho, aun cuando el Considerando 24 de la Directiva 2019/770 señala expresamente que “los datos personales no pueden considerarse una mercancía”²⁹, en su parte dispositiva no encontramos ninguna previsión que excluya los datos personales del comercio, más bien al contrario, pues ya hemos visto que llega a admitir su condición de instrumento de pago, lo que desde luego les sitúa dentro del comercio³⁰.

Ahora bien, como veremos más adelante, la admisibilidad de que la cesión de datos personales pueda constituir una contraprestación en el mercado digital no está exenta de problemas³¹. Por

²⁵ GARCÍA HERRERA, «El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Actualidad Civil*, Núm. 1, 2020, p. 6.

²⁶ MARTÍNEZ VELENCOSO/SANCHO LÓPEZ, «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital ¿Realmente es gratis la App?», *InDret* 1/2018, p. 10.

²⁷ MARTÍNEZ VELENCOSO/SANCHO LÓPEZ, «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital ¿Realmente es gratis la App?», *InDret* 1/2018, p. 11.

²⁸ DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *Revista de derecho privado*, Núm. 4, 2020, pp. 101-102.

²⁹ Una idea que sería puesta de manifiesto también por parte del Supervisor Europeo de Protección de Datos en su Dictamen sobre la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 23 de junio de 2017. Puede consultarse un resumen del mismo en: eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:200:FULL&from=DE (fecha de última consulta: 18.5.2021).

³⁰ DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *RDP*, Núm. 4, 2020, pp. 101-102.

³¹ Véase epígrafe 6.

ejemplo, resulta difícil determinar la calificación concreta que han de recibir este tipo de contratos, el contenido del deber de información contractual que atañe al empresario, los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor o los remedios de los que dispondría el consumidor ante el incumplimiento por parte del empresario. A ello hay que añadir que, como ya hemos visto, el Reglamento (UE) 2016/679 de Protección de Datos prevé que el consentimiento prestado para el tratamiento de los datos personales ha de ser libre y, además, puede ser objeto de revocación, por lo que no cabría su exigencia coactiva, lo que no casa bien con su naturaleza de contraprestación contractual.

Antes de cerrar este apartado me gustaría simplemente apuntar que, junto a los datos personales, también cabe la posibilidad de que constituyan una contraprestación contractual aquellos datos que no tengan carácter personal. No obstante, si llega a darse, se tratará de supuestos muy excepcionales, pues lo normal es que todos los datos del consumidor recabados por el empresario tengan carácter personal. Y es que, como ha puesto de manifiesto el Supervisor Europeo de Protección de Datos en su Dictamen sobre la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 25 de junio de 2017³², dada la amplitud de la definición de datos personales recogida en el Reglamento (UE) 2016/679³³, es más que probable que todos los datos suministrados por el consumidor al empresario tengan tal consideración. En cualquier caso, la contraprestación consistente en la cesión de datos que no tengan el carácter de personales queda al margen de este estudio.

5.2. Valor económico de los datos personales

Uno de los problemas que plantea la configuración de los datos personales como una contraprestación contractual es que resulta muy difícil calcular el valor concreto que tienen los datos en términos económicos, pues se trata de un mercado opaco³⁴. Y ello a su vez impide que la información precontractual que recibe el consumidor sea exacta y completa, pues como veremos, difícilmente va a poder tener conocimiento acerca del valor concreto de la contraprestación que realiza³⁵.

En cualquier caso, a nadie escapa que los datos personales tienen un valor económico, y, de hecho, proporcionan a muchas empresas una alta rentabilidad³⁶, hasta el punto de que hay quien los ha llegado a considerar como el nuevo petróleo³⁷. Quizá pueda parecer una afirmación algo exagerada, pero lo cierto es que el valor económico que pueden alcanzar los datos personales en el mercado no es desdeñable. Y es que, aunque de forma aislada los datos personales de un sujeto

³² Puede consultarse un resumen del Dictamen en: eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:200:FULL&from=DE (fecha de última consulta: 18.5.2021).

³³ Véase epígrafe 4.1.

³⁴ MARTÍNEZ VELENCOSO/SANCHO LÓPEZ, «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital ¿Realmente es gratis la App?», *InDret* 1/2018, p. 23.

³⁵ Véase epígrafe 6.3.

³⁶ ARENAS RAMIRO, «Reforzando el ejercicio del derecho a la protección de datos personales: viejas y nuevas facultades», en RALLO LOMBARTE/GARCÍA MAHAMUT (coords.), *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 313; y SÁNCHEZ LERÍA, «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Núm. 45, 2018, p. 5.

³⁷ MARTÍNEZ VELENCOSO/SANCHO LÓPEZ, «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital ¿Realmente es gratis la App?», *InDret* 1/2018, p. 20.

no parecen tener un excesivo valor económico, en su conjunto pueden alcanzar un alto valor, constituyendo la materia prima del llamado *Big Data*, que genera cada día mayores beneficios³⁸.

Al respecto, son muchos los datos de una persona que pueden tener un valor económico para los empresarios: el nombre, edad, género, DNI, estado de casado o soltero, profesión, nivel de estudios, apariencia física, lugar de residencia, propiedades que posee, número de teléfono, dirección de correo electrónico, cuentas en redes sociales, número de las tarjetas de crédito y débito, etc.

Y a ellos hay que añadir otros datos que pueden extraerse a través del análisis del comportamiento del consumidor en su actividad en el mercado (ej. a través del historial de compras realizadas en internet), como preferencias de compra, patrones de consumo, etc.; y que permiten a los empresarios mejorar los productos o servicios ofrecidos para adaptarlos a las necesidades concretas de los potenciales consumidores o dirigirles publicidad personalizada, e incluso encontrar nuevos nichos de mercado, de modo que el tratamiento de los datos personales termine redundando en la obtención de un mayor número de clientes.

Además, la utilidad que pueden tener los datos personales de los consumidores no se agota con su utilización por parte del propio empresario que los recaba, sino que también puede transmitirlos a título oneroso a terceros empresarios, multiplicando así la rentabilidad que obtiene de los mismos. De hecho, la propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales³⁹ menciona expresamente esta posibilidad en el punto quinto de su Exposición de Motivos: “(...) las empresas digitales pueden obtener datos sobre las actividades de los usuarios en las interfaces digitales que suelen servir para ofrecer a esos usuarios publicidad específicamente destinada a ellos, o que pueden transmitirse a terceros a título oneroso (...)”. Ahora bien, entiendo que la transmisión de los datos personales a terceros requerirá siempre el consentimiento de su titular, pues en otro caso resultaría vulnerado el deber de confidencialidad al que está sujeto el responsable del tratamiento de los datos personales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 f) del Reglamento (UE) 2016/679.

5.3. Supuestos excluidos: la cesión de datos personales como requisito técnico o legal para el suministro de contenidos y servicios digitales

La Directiva 2019/770 prevé algunos supuestos en los que la cesión de datos personales por parte del consumidor no tendrá la consideración de contraprestación contractual, en concreto: “(...) cuando los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales con arreglo a la presente Directiva o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin” (art. 3.1) (véase también: art. 59.4 TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.2 del Real Decreto-ley 7/2021). Una idea que se recoge también en su Considerando 25, que señala que “cuando el contenido digital y los servicios digi-

³⁸ DE BARRÓN ARNICHES, «La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)», *Cuadernos europeos de Deusto*, Núm. 61, 2019, p. 36; y DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *RDP*, Núm. 4, 2020, pp. 101-102.

³⁹ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0148> (fecha de última consulta: 11.6.2021).

tales no se suministren a cambio de un precio, la presente Directiva no debe aplicarse a las situaciones en las que el empresario recabe datos personales exclusivamente para suministrar contenidos o servicios digitales, o con el único fin de cumplir requisitos legales. Esas situaciones pueden incluir, por ejemplo, aquellos casos en los que el registro del consumidor es necesario en virtud de la legislación aplicable por motivos de seguridad e identificación (...).

Por tanto, son dos las exclusiones previstas: en primer lugar, no tendrá naturaleza de contraprestación contractual la cesión de aquellos datos que resulten necesarios para el suministro digital por parte del empresario (ej. para fines de localización geográfica) y, por tanto, para el adecuado cumplimiento del contrato; y, en segundo lugar, tampoco constituirá una contraprestación contractual la cesión de datos personales por parte del consumidor cuando tenga por objeto el correcto cumplimiento de las prescripciones legales previstas por motivos de seguridad e identificación.

A mi modo de ver, las mencionadas exclusiones responden a un doble fundamento: por un lado, en estos supuestos los contenidos o servicios digitales no se suministran a cambio de recibir datos personales del consumidor, sino que la cesión de datos constituye un requisito (ya sea técnico o legal) para que puedan suministrarse los contenidos o servicios digitales; y por otro lado, en estos casos el tratamiento de los datos personales por parte del empresario encontraría amparo, no en el consentimiento del titular de los datos, sino en la necesidad técnica o legal de tratar dichos datos personales para que los contenidos o servicios digitales puedan suministrarse. Y es que, en estos supuestos, el principio de licitud del tratamiento que se enuncia en el artículo 5.1 b) del Reglamento (UE) 2016/679 no encontraría su base jurídica en la letra a) del artículo 6.1 (que como hemos visto en su momento, hace referencia al consentimiento del titular como presupuesto de la licitud del tratamiento de los datos personales⁴⁰), sino en las letras b) y c) del mencionado precepto. Así, la letra b) prevé que el tratamiento de los datos personales será lícito cuando resulte “necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales”, mientras que la letra c) condiciona la licitud del tratamiento de los datos personales a que ello sea “necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento”.

La consecuencia será que en estos supuestos no va a resultar de aplicación la Directiva 2019/770, y, por tanto, los consumidores no van a contar con los mecanismos de protección en ella previstos. Al respecto, creo que resulta razonable que, cuando los contenidos o servicios digitales se suministran al consumidor sin ninguna contraprestación por parte de este, el nivel de protección que le otorga la normativa sea menor que en los supuestos en los que el consumidor ha de llevar a cabo una contraprestación, ya consista en el pago de un precio o en la cesión de datos personales.

Cabe señalar que, como es lógico, para que operen las exclusiones que hemos visto en este apartado es preciso que el empresario no utilice los datos personales del consumidor para fines distintos a los mencionados, y, especialmente, que no haga un uso comercial de los mismos. Y es que, si ello ocurre, sí que se podría hablar de contraprestación por parte del consumidor y, por tanto, entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770. SÁNCHEZ LERÍA⁴¹ pone el ejemplo

⁴⁰ Véase epígrafe 4.2.

⁴¹ SÁNCHEZ LERÍA, «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *RADP*, Núm. 45, 2018, p. 13.

de una aplicación destinada a la comunicación como podría ser *Whatsapp*, en la que el consumidor habrá de proporcionar al empresario su número de teléfono como requisito imprescindible para que este pueda prestarle el servicio, por lo que sería un supuesto excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770. Ahora bien, si el empresario usara el número de teléfono para fines distintos al adecuado cumplimiento del contrato (ej. para enviar publicidad al usuario o para hacer un uso comercial del mismo, mediante su transmisión a otros empresarios), entonces parece que sí resultaría de aplicación la Directiva 2019/770.

6. Algunas cuestiones controvertidas en torno a la configuración de la cesión de datos personales como contraprestación contractual en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales

6.1. Calificación contractual

El carácter novedoso de este tipo de contratos y la ausencia de una regulación pormenorizada de los mismos dificulta su clasificación en alguna de las categorías contractuales típicas. De hecho, la propia Directiva 2019/770 prefiere no tomar posición a este respecto y dejar su calificación concreta en manos de los ordenamientos nacionales, tal y como reconoce en su Considerando 12: “(...) la presente Directiva tampoco debe determinar la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, y la cuestión de si tales contratos constituyen, por ejemplo, un contrato de compraventa, de servicios, de alquiler o un contrato atípico, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional (...)”.

Pero lo primero que cabría plantearse es si estamos ante un contrato gratuito o bien ante un contrato oneroso y sinalagmático. Obviamente, esta duda no se plantea cuando la cesión de datos personales al empresario por parte del consumidor no pueda ser calificada como contraprestación (por resultar necesaria para que el empresario pueda suministrar los contenidos o servicios digitales o para el correcto cumplimiento de las prescripciones legales)⁴², pues en tal caso resulta claro que el contrato será gratuito (salvo que concurra alguna contraprestación distinta de la cesión de datos personales). No obstante, estos supuestos, que ya hemos visto que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770, van a quedar también al margen de mi estudio, que se limita a los contratos en los que el consumidor cede sus datos personales a modo de contraprestación, respecto de los que sí puede surgir la duda acerca de su carácter oneroso o gratuito.

En favor de su consideración como un negocio jurídico gratuito quizá podría argumentarse que en realidad no estamos ante un único contrato sino ante dos contratos de donación. Así, habría una donación por parte del empresario que suministra contenidos o servicios digitales al consumidor y otra por parte del consumidor que proporciona sus datos personales al empresario. No obstante, considero más que discutible que en estos supuestos concurra el *animus donandi* o ánimo liberal (art. 1274 CC): en el caso del consumidor, no parece que ceda los datos de forma voluntaria y como mera liberalidad, sino que lo hace a cambio de recibir o poder acceder a determinados contenidos o servicios digitales; y lo mismo ocurre en el caso del empresario que suministra los contenidos o servicios digitales, pues a cambio espera recibir la autorización del consumidor para tratar sus datos de carácter personal. Y es que, lo relevante para que un contrato

⁴² Véase epígrafe 5.3.

pueda ser calificado como donación es que se lleve a cabo sin intención de recibir a cambio ninguna contraprestación⁴³, lo que no parece que suceda en este caso.

Una vez descartado que nos encontremos ante dos donaciones puras, cabría pensar en la posibilidad de calificar el contrato como una donación modal u onerosa por parte del prestador de servicios, algo que ha llegado a plantearse DOMÍNGUEZ YAMASAKI⁴⁴. Así, el empresario estaría donando al consumidor contenidos o servicios digitales con la carga para este de consentir el tratamiento de sus datos personales por parte del primero. No obstante, como termina reconociendo la mencionada autora, ello requeriría que la carga que ha de cumplir el consumidor (la cesión de sus datos personales para su tratamiento por parte del empresario) tuviera un valor inferior al del bien o servicio donado (el acceso a los contenidos o servicios digitales), tal y como exige el artículo 619 CC, lo que parece difícil de determinar en este tipo de contratos, pues como hemos visto, el valor económico exacto que tienen los datos personales de una persona resulta incierto⁴⁵.

A lo anterior hay que añadir que, cuando se trata de contratos gratuitos, los ordenamientos jurídicos no suelen conceder remedios al donatario para los supuestos de falta de conformidad; y en el caso de la Directiva 2019/770 sí pone a disposición del consumidor remedios derivados de la falta de conformidad de los contenidos digitales⁴⁶.

Por todo ello, entiendo que en estos casos no cabe hablar de un contrato de donación, ya sea pura u onerosa o modal. Y es que, pese a su apariencia de gratuidad, considero que la exigencia de que el consumidor consienta el tratamiento de sus datos hace que el contrato resulte oneroso y sinalagmático⁴⁷, sobre todo si tenemos en cuenta que, como hemos visto en su momento, los datos personales tienen un valor económico y la propia Directiva 2019/770 los configuran como una contraprestación contractual⁴⁸.

El hecho de que el contrato sea calificado como oneroso tiene cierta relevancia práctica, pues conlleva la vinculación del consumidor y su obligación de cumplir con la prestación a su cargo, algo que, como veremos, puede entrar en conflicto con lo dispuesto en la normativa de protec-

⁴³ PARRA LUCÁN, «La donación», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.), *Curso de Derecho Civil (II)*, Vol. 2º: *Contratos y Responsabilidad Civil*, Edisofer, Madrid, 2020, p. 82.

⁴⁴ DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *RDP*, Núm. 4, 2020, p. 104.

⁴⁵ Véase epígrafe 5.2.

⁴⁶ MARTÍNEZ VELENCOSO/SANCHO LÓPEZ, «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital ¿Realmente es gratis la App?», *InDret* 1/2018, pp. 4-5.

⁴⁷ YANGUAS GÓMEZ, «El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales», en CÁMARA LA PUENTE/ARROYO I AMAYUELAS (coords.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Civitas, Madrid, 2012, p. 489; SCHULZE, «La protección de los consumidores en la contratación digital», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Núm. 58, 2018, p. 684; DE BARRÓN ARNICHES, «La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)», *Cuadernos europeos de Deusto*, Núm. 61, 2019, p. 47; GARCÍA HERRERA, «El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales», *AC*, Núm. 1, 2020, p. 7; y MIRANDA SERRANO, «El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales», *La Ley*, Núm. 920, 2021, p. 11.

⁴⁸ Véase epígrafe 5.

ción de datos de carácter personal. Téngase en cuenta que esta prevé, por un lado, que el consentimiento para el tratamiento de los datos ha de prestarse libremente, lo que excluiría su exigencia coactiva por parte del empresario en caso de incumplimiento⁴⁹; y, por otro lado, que el consentimiento ha de poder revocarse libremente, lo que supondría en sí mismo un incumplimiento contractual por parte del consumidor⁵⁰.

Una vez determinado el carácter oneroso del contrato, lo siguiente que cabría plantearse es si encaja en alguna de las categorías contractuales típicas o si, por el contrario, nos encontramos ante un contrato atípico. Al respecto, hay que descartar sin más preámbulo que estemos ante un contrato de compraventa o de prestación de servicios, puesto que el Considerando 19 de la Directiva 2011/83 excluye expresamente que este tipo de contratos pueda ser incluido en alguna de las mencionadas categorías contractuales: “(...) los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material, no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios (...)”. Además, en el caso de la compraventa, creo que ha de quedar descartada también por el hecho de que ninguna de las prestaciones consista en el pago de un precio en dinero o signo que lo represente, que como es bien sabido, es uno de los presupuestos del mencionado contrato en la configuración que le da el artículo 1445 CC.

Descartada su calificación como un contrato de compraventa o de prestación de servicios, quizá podría plantearse que nos encontremos ante una permuta, lo que en la práctica provocaría una remisión prácticamente en bloque al régimen de la compraventa (art. 1541 CC). No obstante, creo que esta opción también ha de ser descartada, pues el artículo 1538 CC señala expresamente que lo que caracteriza al contrato de permuta es que “cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra”; y ya hemos visto⁵¹ que la cesión de los datos personales que lleva a cabo el consumidor para su tratamiento por parte del empresario no constituye una obligación de dar sino de hacer⁵². Además, otra de las características del contrato de permuta es que ambas partes se obligan a transmitir a la otra parte la propiedad del bien permutado: STS, 1ª, 11.5.1999 (Ar. 3104; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz); y en este caso no concurre dicho presupuesto, pues como sabemos, los datos personales son inherentes a la persona y, por tanto, no se puede transferir su propiedad.

Por todo ello, creo que estamos ante un tipo de contrato atípico, ya que está dotado de unas características propias que impiden su incardinación dentro de alguna de las categorías contractuales clásicas.

Por otro lado, a las dificultades que surgen a la hora de calificar este tipo de contratos hay que añadir que habrá supuestos en los que, junto a la cesión de sus datos personales, el consumidor que recibe los contenidos o servicios digitales haya de llevar a cabo, además, otras prestaciones

⁴⁹ Véase epígrafes 6.5. a. y 6.6. a.

⁵⁰ Véase epígrafes 6.5. b. y 6.6. a.

⁵¹ Véase epígrafe 5.1.

⁵² Al respecto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de febrero de 2004 rechaza que el contrato en que la obligación de una de las partes es de hacer puede calificarse como permuta. Disponible en: <https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-2-febrero-2004-direccion-general-registros-notariado-recurso-gubernativo-interpuesto-notario-mieres-don-armando-mazaira-pereira-erosmer-iberica-s-contra-negativa-registradora-propiedad-mieres-dona-ana-maria-fernandez-alvarez-inscribir-escritura-elevacion-publico-convenio-urbanistico-n979588> (fecha de última consulta: 14.6.2021).

distintas: ej. cuando la contraprestación a cargo del consumidor consista tanto en el pago de un precio como en la cesión de sus datos personales. La única referencia a esta posibilidad que incluye la Directiva 2019/770 se encuentra recogida en su Considerando 69, que se limita a señalar que el hecho de que el consumidor pague un precio y a su vez facilite al empresario sus datos personales no exime a este último del cumplimiento de las prescripciones previstas en materia de protección de datos personales en el Reglamento (UE) 2016/679, lo cual parece bastante obvio, pues cualquier tratamiento de datos personales que se lleve a cabo habrá de cumplir con lo dispuesto en la normativa de protección de datos.

En cualquier caso, creo que no es necesario ahondar más en esta cuestión, pues, aunque la concreta calificación que se hace de un determinado contrato pueda tener importantes efectos a la hora de determinar las obligaciones de las partes o los remedios ante el incumplimiento de las mismas, en el caso de la Directiva 2019/770 lleva a cabo un tratamiento unificado de las referidas cuestiones⁵³, y, por ende, no dependerán tanto de la concreta calificación que se dé al contrato en cuestión.

6.2. Momento y forma de cesión de los datos personales del consumidor

En cuanto al momento preciso en el que el empresario va a acceder a los datos del consumidor, entiendo que dependerá de lo que hayan pactado las partes (en realidad, de las condiciones pre-dispuestas por el empresario a las que el consumidor se haya adherido). Al respecto, la Directiva 2019/770 se limita a señalar en su Considerando 24 que “(...) los datos personales podrían facilitarse al empresario en el momento en que se celebre el contrato o en un momento posterior, por ejemplo cuando el consumidor dé su consentimiento para que el empresario utilice los datos personales que el consumidor pueda cargar o crear con el uso de los contenidos o servicios digitales (...)”.

Respecto al modo en el que el empresario puede acceder a los datos del consumidor, en muchas ocasiones será el propio consumidor quien proporcione al empresario sus datos personales, pues la utilización de determinadas aplicaciones o el acceso a ciertos contenidos o servicios digitales requiere el previo registro del usuario, que de este modo suministra al empresario sus datos personales. Al respecto, el Considerando 24 de la Directiva 2019/770 dispone que “(...) así, por ejemplo, la presente Directiva debe aplicarse en aquellos casos en que el consumidor abre una cuenta en una red social y facilita un nombre y una dirección de correo electrónico, y estos se utilizan para fines que no sean exclusivamente el suministro de los contenidos o servicios digitales, o distintos del cumplimiento de los requisitos legales (...)”.

Pero cabe preguntarse si la Directiva 2019/770 resulta de aplicación también a aquellos supuestos en los que el empresario obtiene por sí mismo los datos personales del consumidor (obviamente, con el consentimiento de este). Lo cierto es que en la propuesta de Directiva formulada el 9 de diciembre de 2015 se descartaba dicha posibilidad, pues se exigía en todo caso una conducta activa por parte del consumidor, que habría de proporcionar al empresario los datos personales

⁵³ SÁNCHEZ LERÍA, «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *RADP*, Núm. 45, 2018, p. 9.

requeridos⁵⁴. De este modo, se excluían de su ámbito de aplicación los supuestos en los que es el empresario quien recaba por sí mismo la información del consumidor.

No obstante, el legislador dio marcha atrás y en la versión definitiva de la Directiva ya no se hace ninguna mención a de la necesidad de que exista un comportamiento activo por parte del consumidor, por lo que entiendo que no hay impedimento para que los datos personales del consumidor que actúan a modo de contraprestación sean recabados directamente por el empresario.

Para ello, el empresario podrá recurrir a las denominadas *cookies*, que son ficheros que se descargan en el dispositivo desde el que el consumidor accede a internet y que permiten obtener gran cantidad de información, como el tipo de ordenador que está utilizando, el navegador desde el que accede a internet, los sitios web que visita e incluso los datos que introduce en los mismos (nombre de usuario, dirección de correo electrónico, número de la tarjeta de crédito, etc.)⁵⁵. De este modo, el consumidor no ha de proporcionar por sí mismo sus datos personales y su actuación se limita a aceptar la instalación de los referidos ficheros en su dispositivo⁵⁶. Al respecto, la propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales⁵⁷ señala en el punto quinto de su Exposición de Motivos que “(...) las empresas digitales pueden obtener datos sobre las actividades de los usuarios en las interfaces digitales que suelen servir para ofrecer a esos usuarios publicidad específicamente destinada a ellos (...)”. Y es de sobra conocido que las empresas que recolectan datos a través de las *cookies* lo hacen frecuentemente para procesarlos con fines comerciales⁵⁸.

6.3. Deberes de información precontractual

Otro aspecto problemático que plantean los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de la cesión de datos personales tiene que ver con los deberes de información precontractual que atañen al empresario, y, en concreto, con la información que este ha de proporcionar al consumidor acerca del precio de los contenidos o servicios digitales suministrados.

Al respecto, el artículo 60.1 TRLGDCU dispone que “antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas”; y el artículo 60.2 c) TRLGDCU, referido específicamente al precio,

⁵⁴ SPINDLER, «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret* 3/2016, p. 12; y SÁNCHEZ LERÍA, «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *RADP*, Núm. 45, 2018, p. 11.

⁵⁵ MENÉNDEZ, «¿Qué son las 'cookies'?», *Escritura pública*, Núm. 82, 2013, p. 16; y NAVAS NAVARRO/CAMACHO CLAVIJO, *Mercado digital: principios y reglas jurídicas*, 2016, pp. 47 ss.

⁵⁶ DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *RDP*, Núm. 4, 2020, p. 96.

⁵⁷ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0148> (fecha de última consulta: 11.5.2021).

⁵⁸ SPINDLER, «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret* 3/2016, p. 12.

dispone que “serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además: el precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales”. En el mismo sentido, el artículo 97.1 e) TRLGDCU, que se refiere en particular a los contratos celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil, prevé que el empresario ha de comunicar al consumidor “el precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos y tasas, o, si el precio no puede calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza de los bienes o de los servicios, la forma en que se determina el precio (...)”.

Sin embargo, en los contratos que nos ocupan, el precio que el consumidor paga a cambio del suministro de los contenidos y servicios digitales resulta desconocido para él, pues ignora el valor económico que tienen sus datos personales. Téngase en cuenta que, como hemos visto, dicho valor económico resulta muy difícil de calcular⁵⁹. De hecho, normalmente ni siquiera el empresario va a conocer el valor exacto de los datos personales del consumidor. La consecuencia es que, en la práctica, la información precontractual que recibirá el consumidor resultará incompleta, pues no le permitirá conocer el valor de la contraprestación que realiza.

Pero las dificultades que puedan existir para calcular el valor económico de los datos personales del consumidor no eximen al empresario de informarle adecuadamente acerca de la contraprestación que ha de realizar a cambio del suministro de los contenidos o servicios digitales⁶⁰. De hecho, así se desprende del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 23 de mayo de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2011/83⁶¹, que llega a proponer en su punto sexto “la ampliación de su ámbito de aplicación para incluir los contratos de servicios digitales «gratuitos» y, por tanto, aplicar los requisitos de información precontractual (...) a todos los servicios digitales”, con el fin de “(...) aclarar que la Directiva se aplica también a los contratos de suministro de contenidos digitales que no se prestan a cambio del pago de un precio”.

Es más, considero que la obligación de información precontractual a cargo del empresario habría de estar reforzada en estos supuestos, pues el consumidor no solo ha de realizar una contraprestación cuyo valor económico real se desconoce, sino que además implica una intromisión en su esfera privada. En particular, creo que es especialmente importante que el consumidor pueda resultar consciente de que, pese a la apariencia, no está celebrando un contrato gratuito en el que pueda tener acceso a los contenidos o servicios digitales de que se trate sin realizar ninguna contraprestación a cambio, sino ante un contrato oneroso en el que sus datos personales actúan a modo de contraprestación. Además, ha de recibir información completa sobre el uso que se va a hacer de sus datos personales, para que así pueda conocer hasta qué punto está comprometiendo su privacidad mediante la cesión de sus datos, y si ello le compensa para la adquisición de los contenidos o servicios digitales. Y es que, aunque en muchas ocasiones el consumidor es

⁵⁹ Véase epígrafe 5.2.

⁶⁰ CÁMARA LAPUENTE, «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret* 3/2016, p. 23.

⁶¹ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52017DC0259> (fecha de última consulta: 11.5.2021).

consciente de que está cediendo sus datos personales como contraprestación para la adquisición de contenidos o servicios digitales, no siempre está bien enterado del alcance de dicha cesión o de la utilización concreta que el empresario va a hacer de sus datos personales.

De hecho, el deber del empresario de informar al consumidor acerca del destino y utilización de sus datos personales deriva directamente de la normativa de protección de datos de carácter personal. En concreto, de los principios de lealtad y transparencia en el tratamiento de los datos personales a los que hace referencia el artículo 5.1 a) del Reglamento (UE) 2016/679, y que “exigen que se informe al interesado de la existencia de la operación de tratamiento y sus fines. El responsable del tratamiento debe facilitar al interesado cuanta información complementaria sea necesaria para garantizar un tratamiento leal y transparente, habida cuenta de las circunstancias y del contexto específicos en que se traten los datos personales (...)” (Considerando 60 del Reglamento (UE) 2016/679).

Al respecto, el artículo 13 del Reglamento (UE) 2016/679 recoge una serie de información que el responsable del tratamiento (en nuestro caso, el empresario) habrá de facilitar en todo caso al titular de los datos personales (el consumidor), como la identidad y los datos de contacto del responsable del tratamiento (ap. 1, letra a)), los fines del tratamiento (ap. 1, letra c)), los destinatarios de los datos personales (ap. 1, letra e)), la intención de transferirlos a un tercer país u organización internacional (ap. 1, letra f)), el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar dicho plazo (ap. 2, letra a)), la existencia de un derecho de acceso a los datos personales y a solicitar su rectificación o supresión, o la limitación de su tratamiento, o a oponerse al mismo, o a la portabilidad de los datos (ap. 2, letra b)), así como a retirar el consentimiento inicialmente prestado para su tratamiento (ap. 2, letra c)), la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (ap. 2, letra f)), etc.

Además, de acuerdo con el Considerando 58 del Reglamento (UE) 2016/679 “el principio de transparencia exige que toda información dirigida al público o al interesado sea concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje claro y sencillo, y, además, en su caso, se visualice. Esta información podría facilitarse en forma electrónica, por ejemplo, cuando esté dirigida al público, mediante un sitio web. Ello es especialmente pertinente en situaciones en las que la proliferación de agentes y la complejidad tecnológica de la práctica hagan que sea difícil para el interesado saber y comprender si se están recogiendo, por quién y con qué finalidad, datos personales que le conciernen, como es en el caso de la publicidad en línea (...)”⁶². Unos deberes que están reforzados en el caso de que la información se dirija a un menor de edad, pues “(...) dado que los niños merecen una protección específica, cualquier información y comunicación cuyo tratamiento les afecte debe facilitarse en un lenguaje claro y sencillo que sea fácil de entender”.

Para cerrar este apartado cabe apuntar que la adecuada provisión de toda la referida información se torna fundamental para que el titular de los datos personales pueda emitir un consentimiento libre, que, como ya se ha señalado, es un presupuesto necesario para que el tratamiento resulte

⁶² No en vano, el Tribunal Supremo Alemán (BGH) ha considerado abusivas las cláusulas contractuales que, por utilizar un lenguaje complicado y poco preciso, no dejan clara la finalidad para la que se requirió el consentimiento para el tratamiento de los datos personales (MARTÍNEZ VELENCOSO y SANCHO LÓPEZ, 2018, p. 14).

lícito⁶³. Además, desde un punto de vista contractual, el incumplimiento por parte del empresario de su obligación de proporcionar al consumidor una información precontractual adecuada va a tener importantes repercusiones prácticas en relación con el ejercicio del derecho de desistimiento, al que dedicaré el siguiente apartado de este trabajo.

6.4. Ejercicio del derecho de desistimiento

Durante algún tiempo se debatió acerca de la conveniencia o no de prever un derecho de desistimiento en favor del consumidor de contenidos digitales⁶⁴, pues se consideraba que ello podía comprometer seriamente los intereses del empresario, ya que desde el momento en el que el consumidor accede a los contenidos digitales puede ver satisfecha su pretensión e incluso hacerse copias de los mismos. Por ello, aunque finalmente la Directiva 2011/83 optó por incluir un derecho de desistimiento para este tipo de contratos, le dio una configuración muy restrictiva, que limita enormemente su ejercicio, llegando a excluirlo desde el mismo momento en el que el consumidor tiene acceso a los contenidos digitales (salvo que el empresario haya incumplido sus deberes de información precontractual).

Al respecto, lo primero que hay que señalar es que, para que proceda el derecho de desistimiento en los contratos sobre contenidos digitales, es necesario que estos hayan sido celebrados a distancia o fuera de los establecimientos mercantiles de los empresarios.

En cuanto a los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles de los empresarios, el artículo 92.2 a) TRLGCU los define como aquellos que se concertan “con la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario”. Por tanto, se exige la presencia de dos requisitos: que el contrato se celebre en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario, entendiendo como tal “toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente; o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual” (art. 59 bis d) TRLGCU); y que el contrato se concluya con la presencia física del consumidor y del empresario, siendo este último el aspecto que marca la diferencia con los contratos a distancia, en los que no existe una presencia simultánea del consumidor y del empresario (art. 92.1 TRLGCU).

De hecho, el artículo 92.1 TRLGCU se refiere a los contratos a distancia como aquellos que se suscriben “en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo”; y seguidamente menciona algunos ejemplos de técnicas de comunicación a distancia, como “el correo postal, Internet, el teléfono o el fax”. Por tanto, habrán de concurrir dos requisitos: que el contrato se celebre en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia (por lo que quedan

⁶³ Véase epígrafe 4.2.

⁶⁴ CÁMARA LAPUENTE, «Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales», en FERNÁNDEZ SCAGLIUS, (coord.) y DE SALES CAPILLA RONCERO/ESPEJO LERDO DE TEJADA/ARANGUREN URRIZA/MURGA FERNÁNDEZ (dirs.), *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 19 ss.

excluidos los supuestos en los que el contrato sobre contenidos digitales se celebra de modo ocasional o aislado)⁶⁵ y que no exista presencia física del consumidor y el empresario, ya que el precepto exige expresamente que hayan sido celebrados a través de técnicas de comunicación a distancia.

Dado que los contratos que nos ocupan en este trabajo se celebran en la práctica totalidad de los casos (por no decir en todos los casos) a través de internet, parece que no habría problema en aplicarles el derecho de desistimiento que estamos analizando. De hecho, entiendo que tampoco es óbice para su aplicación el hecho de que la contraprestación a cargo del consumidor no consista en el pago de un precio sino en la cesión de sus datos personales, tal y como se desprende del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 23 de mayo de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2011/83⁶⁶, que en su punto sexto llega a proponer una modificación de la misma y “la ampliación de su ámbito de aplicación para incluir los contratos de servicios digitales «gratuitos» y, por tanto, aplicar los requisitos de (...) el derecho de desistimiento a todos los servicios digitales”; con el objeto de despejar dudas y “(...) aclarar que la Directiva se aplica también a los contratos de suministro de contenidos digitales que no se prestan a cambio del pago de un precio”. En cualquier caso, aun cuando efectivamente no estaría de más una alusión expresa a este tipo de contratos por parte de la Directiva 2011/83, creo que la falta de referencia a los mismos no permite concluir ni mucho menos que no les resulte aplicable el derecho de desistimiento. De hecho, me parece que el principio *pro consumatore* no deja margen para una interpretación distinta⁶⁷.

El plazo para ejercer el derecho de desistimiento es de catorce días naturales (arts. 102 y 104 TRLGDCU)⁶⁸, ampliándose hasta los doce meses (a contar desde el momento en el que expire el periodo de desistimiento inicial) en caso de que el empresario incumpla con los deberes de información precontractual que le impone la ley (art. 105.1 TRLGDCU)⁶⁹, a los que he hecho referencia en el apartado inmediatamente anterior. En cuanto al cómputo del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento, la determinación del *dies a quo* dependerá de si los contenidos digitales son suministrados en soporte material o en línea. En el primer caso, el cómputo del plazo comenzará a contar desde el día en el que el consumidor o un tercero designado por él adquiera la posesión material de los contenidos digitales (art. 9.2 b) y Considerando 40 de la Directiva 2011/83 y art. 104 b) TRLGDCU), mientras que en el segundo (que normalmente será el que se dé en el tipo de contratos que nos ocupa) se sitúa en el día en el que tenga lugar la celebración del contrato (art. 9.2 c) de la Directiva 2011/83 y art. 104 c) TRLGDCU).

⁶⁵ MIRANDA SERRANO, «El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales», *La Ley*, Núm. 920, 2021, pp. 4-5.

⁶⁶ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52017DC0259> (fecha de última consulta: 11.5.2021).

⁶⁷ El principio *pro consumatore* puede extraerse del artículo 153 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, de los artículos 51.1 y 53.3 CE y de los artículos 8 b), 19, 128 y 132 TRLGDCU. Supone que el Derecho de Consumo será siempre interpretado de la forma más favorable para el consumidor (véase: PALLARÉS PÉREZ-LUENGO, «¿Qué es el Principio Pro Consumatore?», *legal today*, 14 de mayo 2014).

⁶⁸ La situación era diversa hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2014, pues el TRLGDCU recogía diferentes plazos en función de si el contrato había sido celebrado a distancia, en cuyo caso el plazo era de siete días hábiles (arts. 71.1 y 101.1 TRLGDCU) o fuera del establecimiento mercantil del empresario, supuesto para el que se establecía un plazo de siete días naturales (art. 110.2 TRLGDCU).

⁶⁹ Aunque si en cualquier momento el empresario facilita al consumidor la referida información, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días naturales de la fecha en que el consumidor la reciba (art. 105.2 TRLGDCU).

Además, como adelantaba, la configuración que da la normativa al derecho de desistimiento resulta ciertamente restrictiva. Y es que, para que resulte posible su ejercicio es necesario que el consumidor todavía no haya tenido acceso a los contenidos digitales. Así, en el caso de que estos se suministren en un soporte material, el derecho de desistimiento se excluye desde el instante en el que el consumidor proceda al desprecintado del mismo: “el derecho de desistimiento no será aplicable a los contratos que se refieran al suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor y usuario después de la entrega” (art. 103 i) TRLGDCU); mientras que en el supuesto de los contenidos digitales suministrados en línea, la exclusión se producirá desde el mismo momento en el que comience la ejecución del contrato, siempre que dicha ejecución haya comenzado con consentimiento expreso y previo del consumidor y que este haya tenido conocimiento de que el inicio de la ejecución del contrato conlleva la pérdida del derecho de desistimiento: “el derecho de desistimiento no será aplicable a los contratos que se refieran al suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y usuario con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento” (art. 103 m) TRLGDCU). Por tanto, la información precontractual proporcionada por el empresario va a jugar de nuevo un papel fundamental, pues si esta no es adecuada, el consumidor podrá ejercer el derecho de desistimiento incluso después de haber accedido a los contenidos digitales.

En todos los supuestos en los que el consumidor ejerza el derecho de desistimiento, la consecuencia será la restitución de las prestaciones, sin que se pueda imponer al consumidor ningún tipo de penalización (arts. 68.1 y 102.2 TRLGDCU)⁷⁰. En el caso de los contratos sobre contenidos digitales suministrados en soporte material, el consumidor habrá de restituir dicho soporte, pero cuando se trata de contratos sobre contenidos digitales suministrados a través de internet, la restitución por parte del consumidor se torna más complicada, y en todo caso será innecesaria. Por ello, en estos supuestos, los efectos del desistimiento consistirán, más que en la restitución de los contenidos digitales por parte del consumidor, en la desactivación o inhabilitación del acceso a los mismos por parte del empresario.

⁷⁰ En este sentido, el artículo 68.1 TRLGDCU señala que “el derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase (...) serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento” (véase también: art. 102.2 TRLGDCU). Ahora bien, no hay que confundir el establecimiento de una penalización con los costes derivados del ejercicio del derecho de desistimiento, que tienen distinta naturaleza y que en determinados casos habrán de ser asumidos por el consumidor. Así, cuando los contenidos digitales se suministran en un soporte material, los gastos que se deriven de su devolución recaerán sobre el consumidor, salvo que “el empresario ha aceptado asumirlos o no le ha informado de que le corresponde asumir esos costes” (art. 108.1 TRLGDCU). No ocurrirá lo mismo cuando los contenidos digitales se suministren íntegramente a través de internet, el consumidor quedará normalmente exento de cualquier coste, ya que para ello basta con que concurra alguna de las condiciones previstas en el artículo 108.4 b) TRLGDCU: “1.º El consumidor y usuario no haya dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes de que finalice el periodo de 14 días naturales contemplado en el artículo 102; 2.º El consumidor y usuario no es consciente de que renuncia a su derecho de desistimiento al dar su consentimiento; o bien 3.º El empresario no haya dado la confirmación con arreglo al artículo 98.7 o al artículo 99.2”; condiciones que la doctrina ha considerado que no tienen carácter cumulativo sino alternativo (véase: CÁMARA LAPUENTE, «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *CESCO*, Núm. 11, 2014, p. 162).

Respecto a la contraprestación recibida por el empresario, cuando esta tiene carácter dinerario, su restitución no plantea mayores problemas. No ocurre lo mismo, sin embargo, en aquellos supuestos en los que la contraprestación consiste en la cesión de los datos personales por parte del consumidor, que es la hipótesis de la que partimos en este trabajo. Y es que, en tal caso tampoco se podrá hablar de restitución propiamente dicha, pues los datos personales no constituyen un bien susceptible de restitución. Por ello, la principal obligación que asumirá el empresario ante el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor no será la restitución de los datos sino la abstención de continuar con su tratamiento; una obligación que entiendo que habrá de hacerse extensiva a cualquier tercero al que el empresario haya podido ceder los datos del consumidor.

Pero cabría plantearse qué ocurre con los posibles beneficios que el empresario hubiera obtenido a través del tratamiento de los datos desde el momento de la celebración del contrato hasta aquel en el que el consumidor haya ejercido su derecho de desistimiento. Normalmente será una cuestión que ni siquiera llegue a plantearse, pues de existir algún beneficio económico para el empresario será mínimo, dado el escaso valor que parecen tener los datos personales de forma aislada y el exiguo tiempo durante el cual el empresario habrá podido hacer uso de los mismos, debido al breve plazo previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento. Además, de haber obtenido beneficios mediante su cesión a terceros, cabe entender que habrá tenido que restituírselos, pues como acabo de señalar en el párrafo anterior, tras el ejercicio del derecho de desistimiento, también ellos van a quedar privados de la utilización de los datos.

Sin embargo, ya hemos visto que, cuando el empresario incumple con los deberes de información precontractual que le impone la ley, el plazo para el ejercicio de desistimiento se amplía hasta los doce meses. Por tanto, en estos casos el empresario (o el tercero al que eventualmente haya cedido los datos) habrá podido hacer uso de los datos personales del consumidor durante un mayor periodo de tiempo (ej. imaginemos que el consumidor agota dicho plazo y ejerce el derecho de desistimiento poco antes de que fine), por lo que es más probable que haya llegado a obtener algún tipo beneficio a través del tratamiento de los datos del consumidor. Y en tal caso, entiendo que el consumidor podría reclamar que le sean repercutidos dichos beneficios, aun cuando reconozco que en la práctica resultará muy complicado probar su cuantía.

6.5. Problemas relativos a la emisión y revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales del consumidor

Como vamos a ver en este apartado, la configuración de los datos personales del consumidor como una contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales plantea algunos problemas en relación con la emisión y revocación del consentimiento por parte del consumidor para el tratamiento de sus datos personales. Problemas que derivan de la necesidad de coordinar las normas establecidas en dos ámbitos distintos: el de consumo y el de protección de datos de carácter personal. No en vano, hace ya algún tiempo que el Supervisor Europeo de Protección de Datos advirtió de los peligros que conlleva la configuración de la cesión de los datos personales como una contraprestación contractual y las dificultades que ello plantea en cuanto a la conciliación de la nueva normativa con la legislación existente en materia de pro-

tección de datos de carácter personal (Dictamen sobre la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 25 de junio de 2017⁷¹).

La Directiva 2019/770 ha abordado de forma expresa su posible colisión con la normativa existente en materia de protección de datos de carácter personal y ha dispuesto que los principios que se recogen en esta última continúan resultando plenamente aplicables, algo que parece bastante lógico; pero, además, ha establecido con claridad que en caso de conflicto con la propia Directiva 2019/770 prevalecerá la normativa de protección de datos personales. Así, en su Considerando 37 señala que “(...) la presente Directiva se entiende sin perjuicio del Reglamento (UE) 2016/679 así como de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Dicho marco se aplica a cualquier dato personal tratado en relación con los contratos regulados por la presente Directiva. Por consiguiente, los datos personales solo deben recogerse o tratarse de otro modo de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE. En caso de conflicto entre la presente Directiva y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, debe prevalecer el segundo”. Y el Considerando 48 se pronuncia en términos semejantes, disponiendo que “el Reglamento (UE) 2016/679 o cualquier otra norma del Derecho de la Unión en materia de protección de datos debe aplicarse plenamente al tratamiento de datos personales en relación con los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Además, la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la protección de los derechos, obligaciones y acciones extracontractuales que se recogen en el Reglamento (UE) 2016/679”. En el mismo sentido, el Considerando 69 señala que “cuando el consumidor facilite datos personales al empresario, el empresario debe respetar las obligaciones derivadas del Reglamento (UE) 2016/679 (...)”.

Así mismo, si acudimos a la parte dispositiva de la Directiva, el séptimo párrafo de su artículo 3 dispone que “en caso de conflicto de cualquiera de las disposiciones de la presente Directiva con una disposición de otro acto de la Unión que regule un sector u objeto específicos, la disposición de ese otro acto de la Unión prevalecerá sobre la presente Directiva” y en su párrafo octavo señala que “el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales se aplicará a cualesquiera datos personales tratados en relación con los contratos contemplados en el apartado 1. En particular, la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE. En caso de conflicto entre las disposiciones de la presente Directiva y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, prevalecerá el segundo” (véase también: art. 114.1 TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021).

En las cuestiones que tienen que ver con el consentimiento para el tratamiento de los datos personales, el conflicto se producirá entre la Directiva 2019/770 y el Reglamento (UE) 2016/679, pues este último recoge las reglas relativas a la emisión y revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales. Bajo la premisa del carácter prevalente del Reglamento (UE) 2016/679 sobre la Directiva 2019/770, voy a referirme por separado a ambos aspectos: comenzaré con la emisión del consentimiento para el tratamiento de los datos personales del consumidor y a continuación pasaré a abordar su posible revocación.

⁷¹ Puede consultarse un resumen del Dictamen en: eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:200:FULL&from=DE (fecha de última consulta: 18.5.2021).

a. *Emisión de un consentimiento libre*

Ya hemos visto en su momento que el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679 exige que el consentimiento para el tratamiento de los datos personales se preste de forma libre⁷². Y para determinar si efectivamente el consentimiento emitido cumple con dicho requisito, el artículo 7 del Reglamento (UE) 2016/679 señala en su cuarto párrafo que “se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato”; una idea que se recoge también en su Considerando 42: “el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar (...) su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno”. En términos semejantes, el artículo 6.3 LOPD prevé que “no podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual”.

Pero entonces, cabe plantearse si el hecho de que la cesión de los datos personales del consumidor sea imprescindible para acceder a los contenidos o servicios digitales (y parece claro que lo es cuando constituye la contraprestación de un contrato) puede implicar que el consentimiento no se considere prestado libremente, pues de no existir dicho consentimiento, el sujeto se vería privado de su uso. Y es que, teniendo en cuenta la prevalencia del Reglamento (UE) 2016/679 sobre la Directiva 2019/770, parece que el consumidor podría negarse a prestar el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales y aun así tener derecho a acceder a los contenidos o servicios digitales, pues no podría supeditarse dicho acceso a que el consumidor prestara consentimiento, ya que en tal caso el consentimiento no sería libre.

El problema es que ello supondría hacer recaer en el consumidor la decisión sobre la gratuidad u onerosidad del contrato, tal y como ha puesto ya de manifiesto algún otro autor⁷³. De esta manera, la negativa del consumidor a prestar consentimiento para el tratamiento de sus datos personales transformaría un tipo de contrato que ya hemos visto que merece la calificación de oneroso⁷⁴ en un contrato de carácter gratuito, en el que la prestación que ha de llevar a cabo el empresario (consistente en el suministro de contenidos o servicios digitales) no iría acompañada de una contraprestación a cargo del consumidor.

Una posible solución para salvar la prohibición de que la ejecución del contrato quede supeditada al consentimiento para el tratamiento de los datos y evitar así que su carácter oneroso o gratuito dependa exclusivamente de la voluntad del consumidor consistiría en interpretar el artículo 7 del Reglamento (UE) 2016/679 y el artículo 6.3 LOPD en el sentido de que, dado que la cesión de los datos personales del consumidor constituye una de las prestaciones en el contrato, esta resulta necesaria para la ejecución del mismo en los términos previstos en los mencionados preceptos. El problema es que puede resultar una interpretación algo forzada, pues parece que cuando la ley dice que el tratamiento ha de ser necesario para la prestación del servicio, lo hace más bien desde una perspectiva técnica, lo que exigiría que el empresario precise de tales datos

⁷² Véase epígrafe 4.2.

⁷³ DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *RDP*, Núm. 4, 2020, pp. 110 ss.

⁷⁴ Véase epígrafe 6.1.

para poder suministrar los contenidos o servicios digitales, y excluiría que pudiera tratar los datos para otros fines (ej. para fines publicitarios).

b. Revocación del consentimiento

Otro de los problemas que puede plantear el reconocimiento de los datos personales como contraprestación contractual en los contratos sobre suministro de contenidos y servicios digitales es relativo a la revocación del consentimiento por parte del titular de los datos. Y es que, el artículo 7.3 del Reglamento (UE) 2016/679 dispone expresamente que “el interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento”. En el mismo sentido, su Considerando 42, al que ya se ha hecho referencia en el apartado anterior, señala que “el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno”.

Del tenor de dichas disposiciones puede deducirse que el Reglamento (UE) 2016/679 configura el derecho del titular de los datos personales a retirar su consentimiento para el tratamiento de los mismos como un derecho de carácter absoluto e irrenunciable⁷⁵. De hecho, la revocabilidad del consentimiento no solo es característica del derecho a la protección de datos personales, sino que también es inherente al resto de derechos de la personalidad, en los que la autorización para permitir intromisiones en los mismos resulta igualmente revocable⁷⁶. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el resto de derechos de la personalidad, en los que la revocación del consentimiento para que se produzcan intromisiones puede llevar aparejada una indemnización por daños y perjuicios (art. 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen —BOE nº 115, de 14.5.1982— — en adelante: LOPDH—); en el caso del consentimiento para el tratamiento de los datos personales, no solo puede ser revocado libremente, sino que, además, ya hemos visto que el Considerando 42 del Reglamento (UE) 2016/679 prevé expresamente que el titular de los datos personales que revoque el consentimiento para su tratamiento no podrá sufrir ningún perjuicio por ello, lo que parece que excluye la posibilidad de imponerle el pago de cualquier tipo de indemnización (véase también: art. 119 ter.7 TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021). Una cuestión sobre la que volveré más adelante⁷⁷.

Por otro lado, el carácter absoluto con el que el Reglamento (UE) 2016/679 parece configurar el derecho a revocar el consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personal impide que este pueda ser objeto de exclusión o limitación, ya que cualquier obstáculo a la libre revocación del consentimiento contravendría la normativa de protección de datos de carácter personal⁷⁸. Por ende, el hecho de que la cesión de los datos personales del consumidor constituya la contraprestación a su cargo en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales no

⁷⁵ AGUILERA RUIZ, «La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770», en ALONSO PÉREZ/HERNÁNDEZ SÁINZ (dirs.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 125

⁷⁶ GARCÍA RUBIO, «La huella y el legado de Federico de Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad», en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (coord.), *Glosas sobre Federico de Castro*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 252.

⁷⁷ Véase epígrafes 6.6. a. y 6.6. b.

⁷⁸ ROSSELLÓ RUBERT, «Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales», *Revista de derecho mercantil*, Núm. 303, 2017, pp. 163 ss.

excluye ni limita su facultad para revocar libremente y en cualquier momento el consentimiento prestado. Y no solo porque lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 tenga carácter prevalente sobre la Directiva 2019/770 (que también), sino porque, además, la propia Directiva 2019/770 establece expresamente en su Considerando 39 que “el derecho a la supresión y el derecho del consumidor a retirar su consentimiento para el tratamiento de datos personales deben aplicarse plenamente también en relación con los contratos regulados por la presente Directiva. El derecho del consumidor a resolver el contrato con arreglo a la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio del derecho del consumidor con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 a retirar cualquier consentimiento otorgado al tratamiento de los datos personales del consumidor”.

Pero, como ha puesto de manifiesto algún autor⁷⁹, desde el punto de vista contractual, la facultad del consumidor para revocar en cualquier momento su consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personal supone dejar en sus manos la decisión acerca del cumplimiento del contrato, lo que podría entrar en conflicto con el artículo 1256 CC, que dispone que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

Es obvio que si el consentimiento para el tratamiento de los datos se revoca dentro del plazo de catorce días que hemos visto que se prevé para el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor⁸⁰ (y siempre que concurren los estrictos requisitos exigidos para que proceda el derecho de desistimiento en los contratos sobre contenidos o servicios digitales suministrados en línea), la cuestión no plantearía mayores problemas desde el punto de vista contractual⁸¹. Pero una vez transcurrido el plazo previsto para el desistimiento (o si nos encontramos ante alguno de los supuestos en los que ya hemos visto que este queda excluido) la situación se torna más complicada, pues no hay prevista en la normativa ninguna figura que permita al consumidor apartarse unilateralmente del contrato.

Hay quien propone que en este tipo de contratos en los que la contraprestación a realizar por el consumidor consista en la cesión de sus datos personales se establezca en su favor una especie de derecho de desistimiento *ad nutum* que no quede sujeto a ningún límite temporal, pudiendo ejercerse en cualquier momento durante la vigencia del contrato⁸². De este modo, el consumidor podría apartarse del contrato cuando quisiera y el ejercicio de su derecho como titular de los datos personales a revocar libremente el consentimiento para su tratamiento no constituiría un incumplimiento contractual. No obstante, creo que en la práctica el resultado sería igualmente dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, en este caso del consumidor, aunque para ello se recurra a la fórmula de flexibilizar el derecho de desistimiento; y, por tanto, el problema de la posible vulneración del artículo 1256 CC subsiste. Además, ya hemos visto en el apartado correspondiente que en los contratos sobre contenidos digitales el ejercicio del derecho de desistimiento es especialmente controvertido, dado que pueden quedar seriamente comprometidos los intereses del empresario, lo que ha llevado al legislador a configurarlo con un carácter muy restrictivo⁸³. Por esa razón, creo que no tendría sentido ampliarlo en estos

⁷⁹ SÁNCHEZ LERÍA, «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *RADP*, Núm. 45, 2018, pp. 14 ss.

⁸⁰ Véase epígrafe 6.4.

⁸¹ AGUILERA RUIZ, en *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, p. 126.

⁸² SÁNCHEZ LERÍA, «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *RADP*, Núm. 45, 2018, p. 22.

⁸³ Véase epígrafe 6.4.

supuestos hasta el punto de que no quede sujeto a ningún tipo de plazo y facultar al consumidor para que pueda apartarse del contrato libremente incluso después de haber visto satisfechas sus pretensiones o de haber realizado copias de los contenidos digitales.

Por ello, considero, con AGUILERA RUIZ⁸⁴, que estos casos en los que el consumidor revoca el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales han de ser tratados como un incumplimiento contractual por parte de este. Y es que, desde el mismo momento en el que se revoque el consentimiento, el empresario deberá abstenerse de seguir tratando los datos personales del consumidor (sin perjuicio de que la retirada del consentimiento no afecte a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada: art. 7.3 del Reglamento (UE) 2016/679), por lo que parece claro que hay un incumplimiento de la prestación a cargo del consumidor, que precisamente consiste en ceder los datos al empresario para su tratamiento. O si se prefiere, hay un cese en su cumplimiento desde el momento en el que se produce la revocación del consentimiento. Las consecuencias serán las que se mencionarán más adelante cuando se aborde la cuestión del incumplimiento⁸⁵.

Ahora bien, entiendo que habrá algunos supuestos en los que el consumidor podrá revocar el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales por parte del empresario sin que ello constituya incumplimiento alguno por su parte. Pensemos, por ejemplo, en un caso en el que la prestación que ha de llevar a cabo el empresario consista en suministrar al consumidor un contenido o servicio digital concreto y la prestación a cargo del consumidor en permitirle un determinado tratamiento de sus datos. Pues bien, una vez que el empresario haya suministrado al consumidor el concreto contenido o servicio digital pactado y este haya permitido que el empresario lleve a cabo el tratamiento específico de sus datos personales que se haya acordado, ambas partes habrán cumplido ya con sus respectivas obligaciones y, por tanto, creo que la revocación del consentimiento por parte del consumidor para un ulterior tratamiento de sus datos personales no habría de tener ninguna consecuencia a nivel contractual. Eso sí, para ello sería necesario que el empresario hubiera podido llevar a cabo el concreto tratamiento acordado.

Lo que ocurre es que normalmente la cesión de los datos personales no se lleva a cabo para su tratamiento puntual, pues ya hemos visto que el empresario obtiene rendimiento económico de los mismos no mediante su tratamiento esporádico, sino poniéndolos en conjunto con los datos de otros usuarios e incluso cediéndolos a terceros⁸⁶. Además, los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales generalmente no tienen carácter instantáneo, sino que suelen prolongarse en el tiempo. Y es que, más que suministrar un concreto contenido o servicio digital, lo que permiten normalmente este tipo de contratos es que el consumidor acceda al contenido o servicio en cuestión de forma telemática durante un amplio plazo o incluso *sine die*. Al respecto, el Considerando 51 de la Directiva 2019/770 señala que “muchos tipos de contenidos o servicios digitales se suministran de forma continua a lo largo del tiempo, como el acceso a servicios en nube (...)”. También recogen esta idea los Considerandos 56 y 57. El primero dispone que “los contenidos o servicios digitales pueden suministrarse a los consumidores mediante un único acto de suministro, por ejemplo cuando se descarga un libro electrónico y se almacena en un dispositivo personal. Del mismo modo, el suministro puede consistir en una serie de actos individuales de esa naturaleza, por ejemplo cuando el consumidor recibe un enlace para descargar un nuevo

⁸⁴ AGUILERA RUIZ, en *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, p. 126.

⁸⁵ Véase epígrafe 6.6. a.

⁸⁶ Véase epígrafe 5.2.

libro electrónico cada semana (...); mientras que el segundo señala que “los contenidos o servicios digitales también pueden suministrarse a los consumidores de forma continua a lo largo de un período de tiempo. El suministro continuo puede incluir aquellos casos en los que el empresario pone un servicio a disposición de los consumidores durante un período determinado o un período indefinido, como un contrato de almacenamiento en nube de dos años o un registro como miembro de una plataforma de medios sociales por un período indefinido. El elemento distintivo de esta categoría es el hecho de que los contenidos o servicios digitales están disponibles o son accesibles para los consumidores únicamente durante el período determinado del contrato o mientras esté en vigor el contrato indefinido (...)”. Y en estos casos, cabe entender que el consumidor estará obligado a continuar permitiendo el tratamiento de sus datos personales durante todo el tiempo en el que tenga acceso a los contenidos o servicios digitales en cuestión, por lo que si en cualquier momento revocara el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales estaría incurriendo en un incumplimiento del contrato.

6.6. Consecuencias del incumplimiento del contrato

Como anticipaba, el legislador ha establecido un régimen unitario del incumplimiento para el conjunto de contratos sobre contenidos y servicios digitales, previendo remedios generales y comunes para todos los supuestos. La ventaja de esta técnica es que permite que la normativa pueda adaptarse a los continuos cambios que se van produciendo en esta materia como consecuencia los avances tecnológicos y de este modo se evita su rápida obsolescencia⁸⁷. Pero el inconveniente es que no todos los remedios previstos ante el incumplimiento sirven para todos los tipos de contratos; a lo que hay que añadir que, como vamos a ver, el régimen establecido es algo impreciso y además resulta incompleto, abusando a mi modo de ver de la remisión a los ordenamientos nacionales de los Estados miembros

a. *Incumplimiento contractual por parte del consumidor*

Comenzaré abordando el posible incumplimiento del contrato por parte del consumidor, algo que puede ocurrir, por ejemplo, cuando este no facilite al empresario el acceso a sus datos personales de acuerdo a lo establecido en el contrato (en el hipotético caso de que estos no se cedan al empresario en el mismo momento de su celebración) o bien le haya proporcionado unos datos personales que no sean veraces o resulten incompletos. La Directiva 2019/770 no ha previsto expresamente las consecuencias de dichos incumplimientos y, si atendemos a nuestra normativa nacional, dado el carácter sinalagmático de este tipo de contratos, parece que el empresario podría hacer uso de la facultad que le atribuye el artículo 1124 CC y optar entre resolver el contrato o exigir al consumidor el cumplimiento de su obligación en los términos acordados, en ambos supuestos con resarcimiento de daños y abono de intereses⁸⁸. No obstante, la posibilidad de exigir al consumidor el cumplimiento de su obligación en los términos acordados colisiona frontalmente con lo dispuesto en la normativa de protección de datos personales, que ya hemos visto

⁸⁷ SPINDLER, «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret* 3/2016, p. 14.

⁸⁸ GARCÍA HERRERA, «El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales», *AC*, Núm. 1, 2020, p. 8.

que prevé expresamente que el consentimiento para el tratamiento de los propios datos personales ha de prestarse de formar libre⁸⁹, por lo que nadie puede ser compelido a consentir el tratamiento de sus datos personales. Por ello, entiendo que la única opción a disposición del empresario sería la de resolver el contrato (a cuyos efectos me referiré en un apartado específico⁹⁰), con derecho a reclamar una eventual indemnización por los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya causado, aunque no en todos los casos, como enseguida veremos.

Al respecto, resulta de interés detenerse en un tipo concreto de incumplimiento, por dos motivos: porque creo que en la práctica resultará frecuente y porque, además, entre las consecuencias que se deriven de dicho incumplimiento no cabrá establecer una indemnización por daños y perjuicios a cargo del consumidor. Me estoy refiriendo a los casos en los que el incumplimiento por parte del consumidor deriva de la retirada del consentimiento inicialmente prestado para el tratamiento de sus datos personales, una posibilidad a la que ya se ha hecho referencia en el apartado anterior⁹¹. Y es que, como ya se señalado, la revocación del consentimiento impide que el empresario pueda continuar con el tratamiento de los datos personales del consumidor, por lo que la prestación contractual a cargo de este último quedaría incumplida.

En cuanto a las consecuencias derivadas de este tipo de incumplimiento, una vez más no han sido previstas por la Directiva 2019/770. Al respecto, se limita a señalar en su Considerando 40 que “la presente Directiva no debe regular las consecuencias para los contratos sujetos a la presente Directiva en caso de que el consumidor retire el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. Esta cuestión sigue siendo competencia del Derecho nacional”. Por lo tanto, en nuestro caso tendremos que atender a las normas previstas en el Código Civil para el incumplimiento del contrato. Y, una vez más, dado el carácter sinalagmático de este tipo de contratos, ante el incumplimiento por parte del consumidor, el empresario estaría facultado para resolver el contrato (art. 1124 CC). De hecho, el artículo 119 ter.7 TRLGDCU (en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021) señala que “el ejercicio por el consumidor o usuario de su derecho a retirar su consentimiento u oponerse al tratamiento de datos personales permitirá que el empresario resuelva el contrato”.

Pero, de nuevo, parece que no podría optar por exigir al consumidor el cumplimiento del contrato en los términos acordados, pues como ya he señalado, ello supondría forzar al titular los datos personales a que prestara el consentimiento para el tratamiento de los mismos, lo que contravendría la normativa de protección de datos, que ya hemos visto que no solo establece que el consentimiento para el tratamiento de los datos personales ha de prestarse de forma libre, sino también que el titular de los datos puede revocar en cualquier momento el consentimiento inicialmente prestado. Y es que, en contra de lo que dice la Directiva, no solo habrá que tener en cuenta el Derecho nacional, sino también el derecho emanado de las instituciones comunitarias, y, en concreto, el Reglamento (UE) 2016/679. Por lo tanto, hasta aquí, las consecuencias previstas para los supuestos en los que el incumplimiento del contrato por parte del consumidor deriva de la retirada del consentimiento para el tratamiento de sus datos personales serían coincidentes con las que hemos visto para el resto de incumplimientos: el empresario podría resolver el contrato, pero no exigir al consumidor que cumpla el contrato en los términos acordados, pues ello

⁸⁹ Véase epígrafes 4.2 y 6.5. a.

⁹⁰ Véase epígrafe 6.6. c.

⁹¹ Véase epígrafe 6.5. b.

supondría compelerle a prestar consentimiento, por lo que este ya no podría considerarse emitido libremente en los términos exigidos por la normativa de protección de datos de carácter personal.

Ahora bien, este tipo de incumplimiento contractual presenta una importante peculiaridad, pues, a diferencia de lo que sucede cuando los incumplimientos son de otra índole (ej. falsedad de los datos personales suministrados por el consumidor), cuando derivan de la revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales por parte del titular de los mismos parece que no cabría establecer ningún tipo de indemnización a cargo del consumidor por los daños y perjuicios que puedan provocarse al empresario como consecuencia de la revocación del consentimiento y el consiguiente incumplimiento del contrato, pues ya hemos visto que el Considerando 42 del Reglamento (UE) 2016/679 señala expresamente que “el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno” (véase también: art. 119 ter.7 TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021)⁹². Ya he apuntado también que ello supone una importante diferencia con el régimen previsto para la revocación del consentimiento para las intromisiones en el ámbito del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, supuesto en el que sí está prevista la indemnización de los daños y perjuicios causados, incluyendo las expectativas justificadas (art. 2.3 LOPDH).

En todo caso, con el objeto aportar mayor seguridad jurídica, creo que no hubiera estado de más que el legislador comunitario hubiera sido más preciso al referirse a las posibles consecuencias del incumplimiento del contrato por parte del consumidor en los diferentes supuestos de los que puede derivar dicho incumplimiento.

b. Incumplimiento contractual por parte del empresario

Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, el empresario habrá de suministrar los contenidos o servicios digitales al consumidor sin demora indebida tras la celebración del contrato (art. 5.1 de la Directiva 2019/770). Pues bien, en aquellos casos en los que el empresario incumpla con dicha obligación, el consumidor podrá compelerle para que lo haga, nuevamente sin demora; y, en caso de que el empresario se reitere en el incumplimiento, el consumidor podrá resolver el contrato. Al respecto, el artículo 13.1 de la Directiva 2019/770 señala que “el consumidor pedirá al empresario que suministre los contenidos o servicios digitales. Si el empresario no suministra entonces los contenidos o servicios digitales sin demora indebida, o en un período de tiempo adicional según acuerdo expreso de las partes, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato” (véase también: art. 66 bis.2 TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.5 del Real Decreto-ley 7/2021). En el mismo sentido, el Considerando 61 dispone que “cuando el empresario haya incumplido el suministro de contenidos o servicios digitales, el consumidor debe pedir al empresario que suministre los contenidos o servicios digitales. En tales casos, el empresario debe actuar sin demora indebida o dentro de un plazo adicional acordado expresamente por las partes. Considerando que los contenidos o servicios digitales se suministran en formato digital, el suministro no debe requerir, en la mayor parte de las situaciones, ningún plazo adicional para poner los contenidos o servicios digitales a disposición del consumidor. Por tanto, en estos casos, la obligación del empresario de suministrar los contenidos o servicios digitales sin demora indebida ha

⁹² Véase epígrafe 6.5. b.

de significar tener que suministrarlos inmediatamente. Si, a continuación, el empresario incumple el suministro de los contenidos o servicios digitales, el consumidor debe tener derecho a resolver el contrato (...).”

Además, el consumidor podrá proceder a resolver el contrato de forma inmediata cuando concurra alguna de las dos circunstancias previstas en el segundo punto del artículo 13 de la Directiva 2019/770: bien que “el empresario haya declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no suministrará los contenidos o servicios digitales” o bien que “el consumidor y el empresario hayan acordado, o así se desprenda claramente de las circunstancias que concurran en la celebración del contrato, que para el consumidor es esencial que el suministro se produzca en un momento determinado y el empresario no suministre los contenidos o servicios digitales en ese momento como muy tarde”. Una idea que se recoge también en el Considerando 61 de la Directiva 2019/770: “(...) en circunstancias específicas, como cuando esté claro que el empresario no va a suministrar los contenidos o servicios digitales, o cuando sea primordial para el consumidor que el suministro se efectúe en un momento determinado, el consumidor debe tener derecho a resolver el contrato sin pedir previamente al empresario que suministre los contenidos o servicios digitales”.

Pero también puede ocurrir que el empresario haya cumplido con su obligación de suministrar los contenidos o servicios digitales en el momento acordado, pero estos no estén en conformidad con el contrato. Al respecto, los arts. 7 y 8 de la Directiva 2019/770 recogen una serie de requisitos objetivos⁹³ y subjetivos⁹⁴ para que pueda considerarse que los contenidos o servicios digitales están en conformidad (véase también: arts. 115 bis y 115 ter TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021). Y si no concurre alguno de dichos requisitos y, por ende, existe falta de conformidad, “el consumidor podrá exigir que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, que se le aplique una reducción proporcionada del precio o que se resuelva el contrato (...)” (art. 14.1 y Considerando 62 de la Directiva 2019/770; véase también: art. 117.1 TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021).

⁹³ Los requisitos de carácter objetivo están previstos en el artículo 8.1 de la Directiva 2019/770, que establece que los contenidos o servicios digitales “a) serán aptos para los fines a los que normalmente se destinan contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente de la Unión o nacional, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector; b) presentarán la cantidad y poseerán las cualidades y características de funcionamiento, en particular respecto de la funcionalidad, compatibilidad, accesibilidad, continuidad y seguridad, que presentan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, especialmente en la publicidad o el etiquetado, a menos que el empresario demuestre que: i) desconocía tal declaración pública y no cabía razonablemente esperar que la conociera, ii) en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo modo en el que había sido realizada o de modo similar, o iii) la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir los contenidos o servicios digitales; c) en su caso, se suministrarán junto con cualesquiera accesorios e instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir, y d) serán conformes con la versión de prueba o vista previa de los contenidos o servicios digitales, puestos a disposición por el empresario antes de la celebración del contrato”.

⁹⁴ En cuanto a los requisitos subjetivos, se refiere a ellos el artículo 7 de la Directiva 2019/770, que prevé que los contenidos y servicios digitales suministrados han de cumplir con los siguientes cuatro requisitos: “a) serán acordes a la descripción, la cantidad y la calidad, y poseerán la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características, según disponga el contrato; b) serán aptos para los fines específicos para los que el consumidor los necesite y que este haya puesto en conocimiento del empresario como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el empresario haya expresado su aceptación; c) se suministrarán junto con todos los accesorios, instrucciones, también en materia de instalación, y asistencia al consumidor según disponga el contrato, y d) se actualizarán según disponga el contrato”.

De la dicción literal del precepto parece extraerse que el consumidor está facultado para optar entre las tres opciones que ofrece: exigir que los servicios sean puestos en conformidad, solicitar que se aplique una reducción en el precio o bien resolver el contrato. No obstante, creo que en realidad no dispone de dicha facultad de optar, o al menos no en todos los casos.

En primer lugar, porque no siempre va a resultar posible solicitar una reducción del precio. De hecho, en los supuestos que estamos analizando (suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de la cesión de datos personales) el párrafo cuarto del artículo 14 de la Directiva excluye expresamente la posibilidad de aplicar dicho remedio (véase también: Considerando 67), lo que parece lógico, pues resulta difícil pensar en una reducción proporcionada de los datos personales que el consumidor ha cedido al empresario.

Y, en segundo lugar, porque, con carácter general, la acción de resolución queda reservada para los supuestos más graves de falta de conformidad y para aquellos en los que el consumidor ya ha solicitado sin éxito la puesta en conformidad. Al respecto, el cuarto apartado del artículo 14 matiza lo establecido en su apartado primero y señala que solo cabrá la resolución cuando concurra alguno de los siguientes supuestos: “a) la medida correctora consistente en poner los contenidos o servicios digitales en conformidad resulta imposible o desproporcionada con arreglo al apartado 2; b) el empresario no ha puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad con arreglo al apartado 3; c) subsiste la falta de conformidad pese al intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad; d) la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato; o e) el empresario ha declarado, o así se desprende claramente de las circunstancias, que no pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor”.

Ahora bien, dispone el artículo 14.6 de la Directiva 2019/770 que “cuando los contenidos o servicios digitales se suministren a cambio del pago de un precio, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato solo si la falta de conformidad no es leve. La carga de la prueba de que la falta de conformidad es leve corresponderá al empresario”. Por tanto, llevando a cabo una interpretación *a sensu contrario* del mencionado precepto, podría concluirse que cuando la contraprestación a cargo del consumidor no consista en el pago de un precio sino en la cesión de sus datos personales, entonces sí podrá resolver el contrato, aunque el incumplimiento por parte del empresario tenga carácter leve. De hecho, así lo dispone de forma meridianamente clara el Considerando 67 de la Directiva 2019/770: “cuando los contenidos o servicios digitales no se suministren a cambio de un precio, sino a cambio de que el consumidor facilite datos personales, el consumidor debe tener derecho a resolver el contrato también en aquellos casos en que la falta de conformidad sea de carácter leve, ya que no dispone de una corrección consistente en la reducción del precio”. En términos semejantes, el art. 119 ter.2 TRLGDCU (en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021) señala que “la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación, correspondiendo la carga de la prueba al empresario”.

En definitiva, parece que ante cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales (revista o no carácter grave) el consumidor que ha cedido sus datos personales para su tra-

tamiento por parte del empresario a cambio del suministro de dichos contenidos o servicios estará facultado para optar entre requerir al empresario la inmediata puesta en conformidad o proceder a la resolución del contrato.

Y cuando opte por la resolución del contrato como consecuencia de la falta de conformidad con los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario, no podrá ser compelido a realizar ningún tipo de pago por el tiempo durante el cual haya hecho uso de los mismos. En este sentido, el artículo 17.3 de la Directiva 2019/770 señala expresamente que “al consumidor no se le podrá reclamar ningún pago por cualquier uso realizado de los contenidos o servicios digitales durante el período previo a la resolución del contrato, durante el cual los contenidos o servicios digitales no hayan sido conformes”; una idea que se reitera en su Considerando 72: “en el momento de la resolución del contrato, el consumidor no debe estar obligado a pagar por el uso de los contenidos o servicios digitales durante un período en el que los contenidos o servicios digitales no sean conformes con el contrato, dado que ello le privaría de una protección efectiva”. Pero lo habitual es que el consumidor ceda sus datos personales desde el mismo momento de la celebración del contrato y el empresario comience de forma inmediata con el tratamiento de los mismos, por lo que, aunque cese en dicho tratamiento una vez que el consumidor resuelva el contrato, ya se habrá producido como mínimo un pago parcial por parte de este. Y ello exige buscar fórmulas para que el consumidor pueda verse resarcido, tal y como vamos a ver en el siguiente apartado.

c. En particular, los efectos de la resolución del contrato

En aquellos casos en los que el contrato se resuelva, ya se deba al incumplimiento por parte del consumidor o del empresario o a la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales suministrados, nacerán una serie de obligaciones tanto para el empresario como para el consumidor.

Al respecto, ya sabemos que la principal consecuencia que prevé la normativa para los supuestos de resolución del contrato por incumplimiento es la obligación de las partes de restituirse las prestaciones. No obstante, en los supuestos que estamos analizando creo que hablar de restitución no resulta del todo correcto:

En el caso del empresario, una vez resuelto el contrato, deberá abstenerse de continuar con el tratamiento de los datos personales del consumidor, obligación que parece que se extenderá igualmente a cualquier tercero al que el empresario haya podido ceder dichos datos. Pero creo que no cabe hablar de restitución propiamente dicha, pues en realidad el empresario no ha de restituir nada, sino que su obligación se limita a cesar en el tratamiento de los datos personales del consumidor. Además, ya hemos visto que la cesión de los datos personales no constituye una obligación de dar sino de hacer⁹⁵, por lo que difícilmente podría hablarse de restitución.

El principal problema que plantean estos supuestos es que nada garantiza que los datos personales del consumidor no puedan ser objeto de futuros usos, por ejemplo, por parte de otros responsables a los que el empresario les haya transferido dichos datos. Y es que, los datos raramente se destruyen o desaparecen, sino que quedan almacenados en la red⁹⁶. De hecho, hasta la fecha no

⁹⁵ Véase epígrafe 5.1.

⁹⁶ NAVAS NAVARRO/CAMACHO CLAVIJO, *Mercado digital: principios y reglas jurídicas*, p. 29

se cuenta con los medios técnicos necesarios para borrar por completo y para siempre los datos subidos a internet⁹⁷.

Por otro lado, entre las obligaciones del empresario también está la de poner a disposición del consumidor los contenidos que este haya podido crear o almacenar durante la utilización de los servicios digitales, pues la normativa reconoce expresamente el derecho del consumidor a recuperar dichos contenidos (art. 16.4 de la Directiva 2019/770; véase también: art. 119 ter.5 letras d) y e) TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021). En este sentido, el Considerando 71 de la Directiva 2019/770 señala que “el consumidor debe poder recuperar los contenidos dentro de un plazo razonable, sin impedimentos por parte del empresario, en un formato de lectura mecánica comúnmente utilizado y sin cargo alguno, a excepción de los gastos generados por su propio entorno digital, por ejemplo los costes de conexión a la red, ya que estos no están relacionados específicamente con la recuperación de los contenidos (...)”.

Cuando dichos contenidos creados o facilitados por el consumidor constituyan una contraprestación contractual o formen parte de la misma (porque así lo hayan acordado las partes: véase Considerando 24 de la Directiva 2019/770), sí cabría hablar de restitución propiamente dicha; pero en otro caso, creo que en realidad nos encontraríamos ante una consecuencia derivada de la resolución del contrato distinta de la restitución de las prestaciones, y que ha sido prevista de forma específica para este tipo de contratos.

La razón por la que el artículo 16.4 y el Considerando 71 de la Directiva 2019/770 reconocen al consumidor el derecho a recuperar los contenidos que haya facilitado o creado mediante el uso de los contenidos o servicios digitales se encuentra recogida en el Considerando 70 de la propia Directiva, que señala que “el consumidor podría verse disuadido de exigir medidas correctoras por falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales si se ve privado de acceso a contenidos que no sean los datos personales que el consumidor haya facilitado o creado mediante el uso de los contenidos o servicios digitales. Para garantizar que los consumidores puedan gozar de una protección efectiva en relación con el derecho a resolver el contrato, el empresario, previa solicitud del consumidor, debe poner dicho contenido a disposición de este tras la resolución del contrato”.

Además, el empresario no solo tendrá que poner a disposición del consumidor los contenidos creados o facilitados por este, sino que, además, con carácter general, deberá abstenerse de realizar cualquier uso futuro de los mismos: “(...) en el momento de la resolución del contrato, el empresario también debe abstenerse de utilizar cualquier contenido, que no sean datos personales, que haya sido facilitado o creado por el consumidor al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario. Esos contenidos pueden incluir imágenes digitales, archivos de vídeo y audio y contenidos creados en dispositivos móviles (...)” (Considerando 69 de la Directiva 2019/770). Al respecto, dispone el artículo 16.3 de la Directiva 2019/770 que “el empresario se abstendrá de utilizar cualquier contenido distinto de los datos personales, que el consumidor hubiese facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario, salvo cuando dicho contenido: a) no tenga ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario; b) esté exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor durante el uso de los contenidos o servicios digitales

⁹⁷ MARTÍNEZ VELENCOSO/SANCHO LÓPEZ, «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital ¿Realmente es gratis la App?», *InDret* 1/2018, p. 17.

suministrados por el empresario; c) haya sido agregado con otros datos por el empresario y no pueda desagregarse o solo pueda desagregarse realizando esfuerzos desproporcionados, o d) haya sido generado conjuntamente por el consumidor y otras personas, y otros consumidores puedan continuar haciendo uso del contenido” (véase también: art. 119 ter.5 c) TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021). Por tanto, pese a que la regla general es que el empresario ha de abstenerse de utilizar cualquier contenido creado o facilitado por el consumidor, se establece alguna excepción, en concreto: “(...) el empresario debe tener derecho a seguir utilizando los contenidos facilitados o creados por el consumidor en los casos en que dichos contenidos no tengan ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario, solo se refieran a la actividad del consumidor, hayan sido agregados con otros datos por el empresario y no puedan desagregarse o requieran para ello esfuerzos desproporcionados, o hayan sido generados conjuntamente por el consumidor y otros, y otros consumidores puedan seguir haciendo uso de los mismos” (Considerando 69 de la Directiva 2019/770).

En cuanto a las obligaciones a cargo del consumidor tras la resolución del contrato, la situación será semejante a la que hemos visto para el caso del empresario, pues en muchos casos los contenidos digitales no serán susceptibles de restitución (ej. cuando la prestación recibida por el consumidor consista en unas claves que le permitan acceder a una serie de contenidos digitales almacenados en la red), y, cuando lo sean, la restitución no tendrá ninguna utilidad para el empresario (pues normalmente, lo que habrá cedido al consumidor es una copia de los contenidos); por lo que en realidad la principal obligación del consumidor tras la resolución del contrato será el cese en la utilización de los contenidos o servicios digitales de que se trate y no su restitución. De hecho, el artículo 17 de la Directiva 2019/770 dispone que “tras la resolución del contrato, el consumidor se abstendrá de utilizar los contenidos o servicios digitales y de ponerlos a disposición de tercero” (véase también: art. 119 ter.6 a) TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021). Una idea recogida también en el Considerando 72 de la Directiva 2019/770, que señala que “(...) el consumidor también debe abstenerse de utilizar los contenidos o servicios digitales y de ponerlos a disposición de terceros, por ejemplo, eliminando los contenidos digitales o cualquier copia utilizable, o haciendo que los contenidos o servicios digitales no sean accesibles”. No en vano, el artículo 16.5 faculta expresamente al empresario para “(...) impedir cualquier uso posterior de los contenidos o servicios digitales por parte del consumidor, en particular haciendo que los contenidos o servicios digitales sean inaccesibles para el consumidor o inhabilitando la cuenta de usuario del consumidor (...)” (véase también: art. 119 ter.5 f) TRLGDCU, en la redacción dada por art. 16.7 del Real Decreto-ley 7/2021).

El problema es que durante el *iter* temporal transcurrido desde el momento de la celebración del contrato hasta el de la resolución, la parte que ha incumplido su obligación y que ha provocado que el contrato termine resolviéndose ha podido verse beneficiada por el correcto cumplimiento de la otra parte, haciendo uso de los datos personales del consumidor, en el caso del empresario, o de los contenidos o servicios digitales suministrados, en el caso del consumidor.

Así, en el caso de que el incumplimiento sea imputable al empresario, desde el momento en que el consumidor cede sus datos personales hasta que detecta la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales o el incumplimiento por parte del empresario y resuelve el contrato, este último podrá haber hecho uso de los datos personales y haber obtenido el consiguiente beneficio. Y es que, aunque nada impide que las partes acuerden que la cesión de los datos per-

sonales del consumidor para su tratamiento por parte del empresario se produzca en un momento ulterior (Considerando 24 de la Directiva 2019/770)⁹⁸, lo habitual es que tenga lugar en el mismo momento en el que se perfecciona el contrato. Pues bien, en estos supuestos parece que lo justo sería que el empresario compensara al consumidor que sí ha cumplido con su obligación de ceder sus datos y no ha obtenido a cambio la contraprestación a cargo del empresario, o al menos no en la forma acordada entre ambas partes.

Por ello, al igual que he señalado en su momento para el caso del ejercicio de desistimiento⁹⁹, creo que cabría pensar en la posibilidad de imponer al empresario la obligación de trasladar al consumidor los beneficios que haya obtenido con el tratamiento de sus datos personales¹⁰⁰. Al respecto, aunque ya hemos visto que los datos personales individualmente considerados no tienen excesivo valor¹⁰¹, y, por tanto, no cabe esperar que el empresario haya obtenido grandes beneficios a través de su tratamiento durante un breve periodo de tiempo; creo que habrá que valorar las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto. En particular, para determinar si ha existido o no un beneficio por parte del empresario que sea merecedor de compensación a favor del consumidor habrá que atender a diversos factores, como el tiempo que ha durado el tratamiento de los datos personales del consumidor, la cantidad de datos personales que han sido objeto de dicho tratamiento o si los datos se han cedido a terceras personas. Aunque en relación a este último aspecto, hay que tener en cuenta que lo habitual es que el empresario se vea obligado a restituir a los terceros cualquier pago que estos le hayan hecho a cambio de la cesión de los datos personales del consumidor, pues como hemos visto unas líneas más arriba, ellos también van a quedar privados de su tratamiento tras la resolución del contrato por parte del consumidor (aunque reconozco que, en la práctica, resulta más que complicado demostrar que todos los responsables del tratamiento de los datos del consumidor han cesado en el mismo).

Si efectivamente se acredita que el empresario ha obtenido un beneficio mediante el tratamiento de los datos personales del consumidor durante el tiempo transcurrido entre la celebración del contrato y su resolución por parte del consumidor como consecuencia del incumplimiento por parte del empresario, pueden pensarse diferentes fórmulas para que el consumidor se vea resarcido: por ejemplo, podría establecerse una compensación económica directa que el empresario tuviera que abonar al consumidor; aunque entiendo que lo más habitual será que el eventual beneficio obtenido por el empresario se tenga en cuenta a la hora de calcular la correspondiente indemnización en favor del consumidor por los daños y perjuicios causados como consecuencia de su incumplimiento contractual. Al respecto, a diferencia de lo que ocurre cuando es el consumidor quien incumple su obligación, al que ya hemos visto que no siempre cabe imponerle el pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados (en efecto, no resulta posible cuando el incumplimiento deriva de la negativa del consumidor a prestar consentimiento para el tratamiento de sus datos o de la revocación del mismo, pues se excluye que pueda sufrir cualquier tipo de perjuicio como consecuencia de ello¹⁰²); cuando el incumplimiento es imputable al empresario siempre queda expedita la vía indemnizatoria. De hecho, la Directiva 2019/770 dispone

⁹⁸ Véase epígrafe 6.2.

⁹⁹ Véase epígrafe 6.4.

¹⁰⁰ GARCÍA HERRERA, «El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales», *AC*, Núm. 1, 2020, p. 6.

¹⁰¹ Véase epígrafe 5.2.

¹⁰² Véase epígrafes 6.5. a., 6.5. b. y 6.6. a.

expresamente en su Considerando 73 que “el principio de la responsabilidad del empresario por daños y perjuicios es un elemento esencial de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales. Por tanto, el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de perjuicios debidos a una falta de conformidad o a un incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales. La indemnización debe situar al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos o servicios digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado en conformidad (...)”.

Y en el caso del consumidor, al igual que ocurre con el empresario, también es posible que con carácter previo a la resolución del contrato haya podido verse beneficiado por el cumplimiento de la otra parte pese a su propio incumplimiento. Así, durante un cierto tiempo, el consumidor habrá podido disfrutar de los contenidos o servicios digitales, por lo que, si el incumplimiento del contrato es imputable a él, habrá obtenido un beneficio no justificado. Imaginemos, por ejemplo, que los datos personales que el consumidor ha proporcionado al empresario a cambio del suministro de los contenidos o servicios digitales son falsos, en cuyo caso, habrá podido verse beneficiado por la utilización de los contenidos o servicios digitales desde el momento en el que tiene acceso a los mismos hasta el instante en el que el empresario detecta la falsedad de los datos personales suministrados por el consumidor. De hecho, podría haber visto ya satisfechas sus pretensiones (ej. visionado de la película) o incluso haber hecho copias de los contenidos digitales. Al respecto, como dispone GARCÍA HERRERA¹⁰³, parece que lo lógico sería que esta posibilidad fuera tenida en cuenta a la hora de establecer la correspondiente indemnización a cargo del consumidor por los daños y perjuicios causados como consecuencia de su incumplimiento contractual. Ahora bien, cabe recordar una vez más que hay algunos incumplimientos del consumidor (en concreto, los que derivan de la negativa a emitir el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales o de la revocación del mismo) en los que se excluye la posibilidad de establecer el pago de una indemnización por parte del consumidor. De hecho, parece que ante este tipo de incumplimientos tampoco puede fijarse ningún tipo de compensación económica directa, pues ello supondría igualmente que el consumidor sufriera un perjuicio económico como consecuencia de la negativa a prestar consentimiento para el tratamiento de sus datos personales o de la retirada del mismo, precisamente en los términos proscritos por el Reglamento (UE) 2016/679¹⁰⁴.

7. Conclusiones

La Directiva 2019/770 ha sido la primera norma en reconocer la posibilidad de que el titular de los datos personales pueda explotarlos y utilizarlos como instrumento de cambio en el mercado digital, configurando de este modo la cesión de datos personales como una verdadera contraprestación contractual, siempre que dicha cesión comprenda más datos de los necesarios desde un punto de vista técnico o legal para que el empresario pueda suministrar al consumidor los contenidos o servicios digitales que sean objeto del contrato. Ello supone un importante avance para la protección de los consumidores en el mercado digital, al extender los mecanismos de tutela legalmente previstos a aquellos supuestos en los que el consumidor no ha de pagar un precio, pero ha de ceder sus datos personales para su tratamiento por parte del empresario.

¹⁰³ GARCÍA HERRERA, «El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales», *AC*, Núm. 1, 2020, p. 8.

¹⁰⁴ Véase epígrafes 6.5. a., 6.5. b. y 6.6. a.

Ahora bien, la configuración de los datos personales del consumidor como una contraprestación contractual en el mercado digital plantea varios problemas que habrían de ser abordados por el legislador de una forma más precisa:

Por un lado, en la regulación de este tipo de contratos confluye la normativa de protección de los consumidores (principalmente las Directivas de la Unión Europea 2011/83 y 2019/770 y el TRLGDCU) con la normativa de protección de datos personales (integrada por el Reglamento (UE) 2016/679, la LOPD de 2018 y el Real Decreto 1720/2007); y los principios inspiradores de unas y otras normas no siempre se compaginan bien, lo que provoca que en algunos puntos resulten incoherentes e incluso contradictorias.

Por otro lado, la normativa no ofrece solución a muchas de las controversias que se plantean en torno a este tipo de contratos. Así, resulta difícil determinar la calificación concreta que han de recibir, el momento y la forma en que ha de producirse la cesión de los datos personales del consumidor, el contenido del deber de información precontractual que atañe al empresario, los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor o las posibles consecuencias del incumplimiento de alguna de las partes.

En cuanto a la concreta calificación contractual, parece claro que nos encontramos ante un contrato oneroso y sinalagmático, pero puede plantear más dudas la categoría contractual precisa en la que ha de incluirse, aunque lo más probable es que estemos ante un tipo de contrato atípico, pues está dotado de unas características propias que impiden su incardinación dentro de alguna de las categorías contractuales clásicas.

El momento y la forma en que ha de producirse la cesión de los datos personales del consumidor dependerá de lo que hayan pactado las partes. En todo caso, cabe entender que podrán ser proporcionados al empresario por el propio consumidor mediante su registro en las diferentes plataformas y aplicaciones de internet o bien podrán ser obtenidos directamente por el empresario a través de las denominadas *cookies*.

Es indudable que los datos personales tienen un valor económico, pues constituyen la materia prima del llamado *Big Data*, que genera cada día mayores beneficios. Lo que ocurre es que no es fácil determinar su valor concreto, ya que se trata de un mercado opaco, lo que impide que la información precontractual que recibe el consumidor sea exacta y completa, pues difícilmente va a poder tener conocimiento acerca del valor concreto de la contraprestación que realiza.

En cualquier caso, ello no exime al empresario de su obligación de informar adecuadamente al consumidor acerca de la contraprestación que ha de llevar a cabo a cambio del suministro de los contenidos o servicios digitales. En particular, el consumidor ha de recibir información completa sobre el uso que se va a hacer de sus datos personales, para que así pueda conocer hasta qué punto está comprometiendo su privacidad mediante la cesión de sus datos, y si ello le compensa para la adquisición de los contenidos o servicios digitales de que se trate. De hecho, el deber del empresario de informar al consumidor acerca del destino y utilización de sus datos personales deriva directamente de la normativa de protección de datos.

Cuando el consumidor ejerza el derecho de desistimiento, la restitución de las prestaciones se torna ciertamente complicada, pues los datos personales no constituyen un bien susceptible de

restitución. Por ello, la principal obligación que asumirá el empresario ante el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor no será la restitución de los datos sino la abstención de continuar con su tratamiento, una obligación que parece que habrá de hacerse extensiva a cualquier tercero al que el empresario haya podido ceder los datos del consumidor. Y si el empresario hubiera obtenido un beneficio económico con el tratamiento de los datos personales del consumidor, se entiende que este último podría reclamar que le sea repercutido.

El hecho de que el contrato sea calificado como oneroso conlleva la vinculación del consumidor y su obligación de cumplir con la prestación a su cargo, algo que puede entrar en conflicto con lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal. Téngase en cuenta que esta prevé, por un lado, que el consentimiento para el tratamiento de los datos ha de prestarse libremente, lo que excluiría su exigencia coactiva por parte del empresario, de tal modo que en caso de incumplimiento del consumidor la única opción que tendría el empresario sería resolver el contrato. Y, por otro lado, la normativa de protección de datos dispone que el consentimiento para el tratamiento de los datos personales ha de poder revocarse libremente, pero tal revocación supondría en sí misma un incumplimiento contractual por parte del consumidor. Además, cuando el incumplimiento derive de la revocación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales, no podrá establecerse ningún tipo de indemnización a cargo del consumidor, pues la normativa de protección de datos rechaza expresamente que el titular de los datos pueda soportar cualquier tipo de perjuicio como consecuencia de la revocación del consentimiento.

Cuando sea el empresario quien incumpla su obligación, el consumidor podrá compelerle para que cumpla, y si el empresario persiste en el incumplimiento, el consumidor podrá proceder a la resolución del contrato. En caso de que el incumplimiento derive de la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales suministrados, el consumidor podrá exigir la puesta en conformidad. No podrá, sin embargo, hacer uso de la facultad de solicitar una reducción proporcionada en el precio, pues esta queda excluida cuando la contraprestación a cargo del consumidor consista en la cesión de sus datos personales, algo que parece razonable, pues sería cuando menos complicado llevar a cabo una reducción proporcionada de los datos personales que el consumidor ha cedido al empresario. Como contrapartida, el consumidor podrá optar por la resolución del contrato aun cuando la falta de conformidad tenga carácter leve.

En los supuestos en los que se resuelva el contrato, la restitución de las prestaciones que habría de seguir a la resolución contractual se torna complicada. Dado que los datos personales del consumidor no constituyen un bien susceptible de restitución, la obligación del empresario se limita a cesar en su tratamiento, haciéndose extensible a cualquier tercero al que el empresario haya podido ceder los datos del consumidor. Además, si el incumplimiento es imputable al empresario, cabe entender que habrá de trasladar al consumidor los eventuales beneficios que haya obtenido mientras haya durado el tratamiento de sus datos personales.

Para terminar, me gustaría poner de relieve que, en términos generales, cabe hacer una valoración muy positiva de la configuración de los datos personales como una contraprestación contractual en el mercado digital, pues ha permitido aumentar el nivel de protección de los consumidores. Sin embargo, es preciso que se impulsen las oportunas modificaciones legislativas para corregir las disfunciones que presenta el sistema, armonizando las normas previstas en sede de protección de los consumidores y en sede de protección de datos personales y adoptando una regulación más pormenorizada para este tipo de contratos, lo que permitiría dotarlos de un marco jurídico completo y coherente.

8. Tabla de sentencias citadas

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>ECLI</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, 1ª, 8.3.1999	30		María Emilia Casas Baamonde
STC, 2ª, 22.3.1999	44		Rafael de Mendizábal Allende
STC, Pleno, 30.11.2000	292		Julio Diego González Campos
STS, 1ª, 11.5.1999	3104		Xavier O'Callaghan Muñoz
SAN, 1ª, 12.5.2011	2	ECLI:ES:AN:2011:2363	Diego Córdoba Castroverde
SAN, 1ª, 28.4.2015	724	ECLI:ES:AN:2015:1843	Juan Pedro Quintana Carretero
SAN, 1ª, 6.6.2017	206541	ECLI:ES:AN:2017:3111	María Luz Lourdes Sanz Calvo

9. Bibliografía

AGUILERA RUIZ, Luis, “La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770”, en ALONSO PÉREZ, María Teresa y HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther (dirs.), *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 117-129.

ARENAS RAMIRO, Mónica, “Reforzando el ejercicio del derecho a la protección de datos personales: viejas y nuevas facultades”, en RALLO LOMBARTE, Artemi/GARCÍA MAHAMUT, Rosario (coords.), *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 311-372.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo”, *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, Núm. 11, 2014, pp. 79-167.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, *InDret* 3/2016 (www.indret.com).

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Una perspectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales”, en FERNÁNDEZ SCAGLIUS, María de los Ángeles (coord.) y DE SALES CAPILLA RONCERO, Francisco/ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel/ARANGUREN URRIZA, Francisco José/MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo (dirs.), *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 19-55.

CONDE ORTÍZ, Concepción, *La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Dykinson, Madrid, 2005.

DE BARRÓN ARNICHES, Paloma, “La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)”, *Cuadernos europeos de Deusto*, Núm. 61, 2019, pp. 29-65.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “Responsabilidad del gestor del motor de búsqueda por los contenidos por la indexación y almacenamiento de datos contenidos en sitios de internet: la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Núm. 1, 2014, pp. 251-258.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, María Isabel, “El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario”, *Revista de derecho privado*, Núm. 4, 2020, pp. 93-120.

GARCÍA HERRERA, Vanessa, “El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible «contraprestación» en el suministro de contenidos y servicios digitales”, *Actualidad Civil*, Núm. 1, 2020, pp. 1-12.

GARCÍA RUBIO, María Paz, “La huella y el legado de Federico de Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad”, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (coord.), *Glosas sobre Federico de Castro*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 229-277.

GUERRERO PICO, María del Carmen, *El impacto de Internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2006.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I, volumen segundo: personas*, Dykinson, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, *El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermemoria de internet*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, “Los derechos de la personalidad”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (I), Vol. 2º: Derecho de la persona*, Edisofer, Madrid, 2018, pp. 269-307.

MARTÍNEZ ROJAS, Ángela, “Principales aspectos del consentimiento en el reglamento general de protección de datos de la Unión Europea”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, Núm. 42, 2016, pp. 59-88.

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M./SANCHO LÓPEZ, Marina, “El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital ¿Realmente es gratis la App?”, *InDret* 1/2018 (www.indret.com).

MENÉNDEZ, Luis, “¿Qué son las 'cookies'?", *Escritura pública*, Núm. 82, 2013, pp. 16-18.

MIRANDA SERRANO, Luis María, “El derecho de desistimiento en los contratos de consumo sobre contenidos digitales”, *La Ley*, Núm. 920, 2021, pp. 1-57.

NAVAS NAVARRO, Susana/CAMACHO CLAVIJO, Sandra, *Mercado digital: principios y reglas jurídicas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2016.

PALLARÉS PÉREZ-LUENGO, Olga, “¿Qué es el Principio Pro Consumatore?”, *legal today*, 14 de mayo 2014 (http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/consumidores_y_usuarios/que-es-el-principio-pro-consumatore).

PARRA LUCÁN, María Ángeles, “La donación”, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coord.), *Curso de Derecho Civil (II), Vol. 2º: Contratos y Responsabilidad Civil*, Edisofer, Madrid, 2020, pp. 81-106.

PLAZA PENADÉS, Javier, “Aspectos básicos de la protección de datos de carácter personal”, en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (coord.), *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 119-142.

ROSSELLÓ RUBERT, Francisca María, “Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales”, *Revista de derecho mercantil*, Núm. 303, 2017, pp. 163-190.

SALGADO SEGUÍN, Víctor, “Intimidad, privacidad y honor en internet”, *TELOS*, Núm. 85, 2010, pp. 59-79.

SÁNCHEZ LERÍA, Reyes, “El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Núm. 45, 2018, pp. 1-27.

SCHULZE, Reiner, “La protección de los consumidores en la contratación digital”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Núm. 58, 2018, pp. 683-701.

SPINDLER, Gerald, “Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, *InDret 3/2016* (www.indret.com).

YANGUAS GÓMEZ, Roberto, “El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales”, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio/ARROYO I AMAYUELAS, Esther (coords.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 471-508.

Estudio de la custodia compartida en la última década: Una lucha socio-jurídica de ámbito global al borde de una nueva etapa

Sumario

-
La custodia compartida ha experimentado una expansión notable durante la última década en todo el ámbito occidental. De hecho, en muchos territorios ha triplicado su porcentaje entre las custodias otorgadas tras la ruptura de los padres. Esta tendencia ha venido acompañada de un intenso debate social, académico y legislativo de alcance interdisciplinar sobre la conveniencia de otorgar preferencia a este tipo de custodia. Es un viejo debate que ahora parece haber llegado a un punto crítico de bipolarización. En este artículo se estudian los distintos argumentos esgrimidos a favor y en contra de la prevalencia de la custodia compartida desde un doble prisma determinado por el principio del interés del menor y la violencia de género. Además, se analiza un nuevo debate que ha surgido recientemente sobre si la igualdad de género ha de ser el factor decisivo a la hora de tomar una decisión sobre la custodia compartida.

Abstract

-
Shared parenting has undergone a remarkable evolution over the last decade. Its expansion has been remarkable at a global level throughout the West, and in many territories it has tripled its percentage in the total number of cases resolved after the break-up of the parents. This trend has been accompanied by an intense social, academic and legislative debate of interdisciplinary scope on the convenience of giving preference to this type of custody. It is a long-standing debate that now seems to have reached a critical point of bipolarisation. This article studies the different arguments put forward for and against the prevalence of shared custody from a double prism determined by the principle of the interests of the child and gender violence. It also analyses a new debate that has recently arisen as to whether gender equality should be the decisive factor in deciding on shared parenting.

Title: *Study of shared parenting over the last decade: A global social and legal struggle on the brink of a new era*

-
Palabras clave: *custodia compartida, interés del menor, violencia de género, igualdad de género*

Keywords: *shared parenting, joint custody, best interests of the child, gender violence, gender equality*


-
DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.04

4.2021

Recepción
12/08/2021

Aceptación
13/09/2021

1. **Introducción**
2. **Evolución de la custodia compartida en España**
3. **Evolución de la custodia compartida en el ámbito internacional**
4. **Tratamiento interdisciplinar de la custodia compartida**
5. **Momento actual. Enfrentamiento entre defensores y detractores de una presunción legal a favor de la custodia compartida**
6. **Argumentación en contra de una presunción legal a favor de la custodia compartida**
 - 6.1. Primera cuestión. Colisión entre la presunción legal a favor de la custodia compartida y el interés superior del menor
 - a. Punto de partida. El concepto del interés del menor
 - b. Interpretación del interés del menor conforme al proceso de su fijación por las Naciones Unidas
 - c. Otras posiciones a favor de la aplicación del interés del menor como «una consideración primordial»
 - d. Análisis de la aplicación del interés del menor por las legislaciones estatales
 - e. Conclusión sobre el primer punto ¿Es compatible una presunción legal a favor de la custodia compartida con el interés del menor?
 - 6.2. Segunda cuestión. La custodia compartida es incompatible con la falta de armonía entre los cónyuges
 - 6.3. Tercera cuestión. Otorgar preferencia a la custodia compartida equivale a abrir una vía para que los maltratadores tengan acceso a la guarda de sus hijos poniéndolos en riesgo
7. **Custodia compartida e igualdad de género**
8. **Conclusión**
9. **Bibliografía**

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

1. Introducción

Desde hace una década se ha producido una notable expansión de la custodia compartida, tanto en el ámbito nacional como internacional, que ha sido acompañada de un vivo debate social y científico.

En este trabajo se estudia la reciente evolución de la custodia compartida para fijar el estado de la cuestión en el momento actual y vislumbrar su futura evolución. El punto de partida es el análisis de la interrelación existente entre custodia compartida e interés superior del menor. A partir de ahí se sigue un enfoque interdisciplinar, en el que derecho, psicología y sociología van de la mano. De esta forma, podemos entrar con garantías en los dos debates centrales que hoy se dan en la doctrina al tratar esta materia. El primero, sobre si debe legislarse una presunción *iuris tantum* a favor de la custodia compartida. El segundo, sobre si la igualdad de género debería ser el factor principal a considerar al decidir sobre una custodia compartida.

2. Evolución de la custodia compartida en España

La reciente evolución de la custodia compartida en el ámbito nacional viene marcada por la sentencia de 29 de abril de 2013¹ de la que fue ponente José Antonio Seijas Quintana. Dicha sentencia ha creado una auténtica presunción jurisprudencial a favor de la custodia compartida en caso de falta de acuerdo, presunción que se aparta del espíritu del artículo 92.8 del Código Civil y que aplica el interés del menor como cláusula general, lo cual se corresponde con los planteamientos de una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo iniciada años antes por Encarna Roca. Prácticamente con carácter simultáneo tuvo lugar el malogrado Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, en el que se pretendía introducir una presunción legal a favor de la custodia compartida, aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013. La reforma, planteada por el entonces Ministro de Justicia Alberto Ruíz Gallardón, decía fundarse precisamente en las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009 y 29 de abril de 2013². Este anteproyecto sufrió envites de los sectores más extremos del espectro político que impidieron su aprobación en Cortes³. Por tanto, se da la siguiente paradoja: aunque la presunción judicial a favor de la custodia compartida

¹ STS de 29 de abril de 2013, Ponente José Antonio Seijas Quintana, (RJ 2013\3269), que establece como doctrina jurisprudencial que: “la redacción del artículo 92 CC no permite concluir que se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis...” Como señala ESPÍN ALBA, Isabel, en “Custodia compartida y mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol.21, Diciembre 2019, (pp.65-86) p.85, la custodia compartida ya no es un régimen excepcional en España. Por el contrario, la jurisprudencia del TS ha superado sobradamente el cánón de la excepcionalidad para “conformar una doctrina sólida que avanza en la superación, cuando las circunstancias lo aconsejen y nunca en situaciones de violencia, de la guarda y custodia compartida como criterio preferente.”

² <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlacetranscripciones/190713-ruiz-gallardon.aspx>

³ El dictamen del Consejo de Estado, emitido el 24 de julio de 2014 se opuso a la preferencia de la custodia compartida, y consideró “razonable que el Anteproyecto no optase de modo apriorístico por uno u otro modelo, de forma que sea el Juez quien adopte la decisión más aconsejable para el interés de los menores”. Podemos consultar un estudio pormenorizado al respecto en PÉREZ CONESA, Carmen, *La Custodia Compartida*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2016, p.108.

introducida por el Tribunal Supremo poco a poco ha sido asimilada por las audiencias provinciales y juzgados, quedó descartada a nivel legislativo.

En segundo lugar, destaca la iniciativa legislativa que supone la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴, así como la Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁵, que han aportado pautas valiosas al concretar el concepto del interés superior del menor y marcar criterios para su aplicación. Destaca que en la exposición de motivos de la LO 8/2015, al definirse el contenido triple del interés superior del menor, se le considere como derecho sustantivo, principio general de carácter interpretativo y norma de procedimiento. En otras palabras se niega su carácter de cláusula general en el sentido cuasi-normativo del concepto⁶ por considerarlo un principio interpretativo, en respuesta clara a la línea jurisprudencial antes señalada. Igualmente, se concreta el contenido del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor señalando que en última instancia el interés del menor ha de primar, si bien han de ponderarse los otros intereses concurrentes. Es decir, se sigue la misma doctrina que el TEDH recoge en Mamchur contra Ucrania⁷. En tanto que el interés del menor es un factor esencial para decidir sobre una custodia compartida, esta reforma afecta directamente a la materia objeto de nuestro estudio.

En tercer lugar, referir que en el ámbito legislativo autonómico se ha producido un auténtico enfrentamiento entre posiciones a favor y en contra de dar preferencia legislativa a la custodia compartida. De hecho, han surgido numerosas propuestas a favor de una presunción que finalmente no han prosperado, o que se han visto altamente atenuadas hasta quedar irreconocibles. Destaca el caso de Aragón, donde si bien en 2011 se introdujo una presunción legal a favor de la custodia compartida⁸, en 2019 fue suprimida⁹.

⁴ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (RCL 2015\1181). BOE 29 julio 2015, núm. 180, [pág. 64544, Núm. Págs. 69]

⁵ Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (RCL 2015\1136). BOE 23 julio 2015, núm. 175, [pág. 61871, Núm. Págs. 18]

⁶ Nos referimos al concepto de cláusula general recogido por MIQUEL GONZÁLEZ, José María, en “Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho” *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 1997, pp.297-326, pp.306-307, concepto que procede del Derecho alemán. De esta forma señala MIQUEL cuando aplica el concepto de cláusula general al principio de buena fe que “Lo importante es que una cláusula general como las de los arts. 7.1 ó 1258 CC, coloca a la buena fe en la jerarquía de fuentes a la misma altura que la ley y no a la altura que se le atribuye a los principios generales como supletorios”. Puede consultarse también DE TORRES PEREA, José Manuel, “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *Diario La Ley*, n°8737, 2016, pp.1-22.

⁷ *Mamchur contra Ucrania*, sentencia de 16 de julio de 2015 (JUR 2015\185811) que respecto al contacto del menor y el padre no custodio, señala que cualquier contacto de este tipo, así como su naturaleza y alcance, dependerá de las circunstancias de cada caso y, “en última instancia, estará sujeto al interés superior del niño.”

⁸ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes Civiles aragonesas en materia de custodia; analizado por LÓPEZ AZCONA, Aurora, “El tratamiento en Derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: La novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida”, *Rev. Bol. de derecho*, n° 19, enero 2015, pp.206-235.

⁹ Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes Civiles aragonesas en materia de custodia.

Un estudio pormenorizado de la evolución de la custodia compartida en el ordenamiento jurídico español esta accesible en IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa, *Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2019, pp. 125-175.

3. Evolución de la custodia compartida en el ámbito internacional

El aumento del número de custodias compartidas y de su proporción respecto a las custodias exclusivas es una constante en todo el ámbito occidental¹⁰. Esta progresiva extensión de la custodia compartida ha venido acompañada de una auténtica lucha de trincheras entre los defensores de darle preferencia legal y los detractores de dicha opción¹¹. Fruto de ello son las sucesivas propuestas de reforma en pro y en contra de presunciones a favor de la custodia compartida. Quizá el caso más paradigmático haya sido el de Australia, donde en 2006 fue introducida una presunción de reparto equitativo de la responsabilidad parental en caso de crisis conyugal siempre que no mediase violencia o abuso¹². Reforma que fue duramente criticada por un sector doctrinal. Se llegó a afirmar que dicha presunción disuadiría a las mujeres de presentar denuncias de violencia familiar. Es decir, que tendría por efecto silenciar a las madres que evitarían denunciar la violencia por pensar que se les volvería en su contra¹³. Finalmente esta normativa fue reformada en 2011 por la *Australian Family Violence & Other Measures Act of 2011*, suprimiendo la presunción por considerar que se había aplicado de forma absoluta sin considerar si el menor terminaba viviendo en un entorno familiar seguro o inseguro¹⁴.

Por otro lado, resulta igualmente ilustrativa la batalla legal entre partidarios y detractores de la custodia compartida en los Estados Unidos, la cual se ha extendido durante las tres últimas décadas y cuyos últimos exponentes han sido la aprobación de la revisión del *Child Statute* de Arizona 25-403.02 en enero de 2013 en el que se establece que «en consonancia con el interés superior del niño, el tribunal adoptará un plan de parentalidad que prevea que ambos progenitores compartían la toma de decisiones legales respecto a su hijo y que maximice su respectivo tiempo de parentalidad¹⁵. En la práctica esto se tradujo en el establecimiento de una custodia compartida por cada padre. Igualmente de referirse la aprobación de la *House Bill 528* de Kentucky, incluyendo una presunción a favor de la custodia compartida, firmada por el Gobernador el 26 de abril de 2018¹⁶ y la aprobación del proyecto de ley en Arkansas el 30 de marzo

¹⁰ DE TORRES PEREA, J.M. “Recent development of Shared Parenting in Western Countries”, *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Coord. Torres Perea, J.M.; Kruk, Edward y Ortiz-Tallo Margarita, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, pp.355-369.

¹¹ PARKINSON, Patrick ha acuñado esta terminología de “lucha de trincheras” en referencia al debate sobre si la custodia compartida ha de ser preferente, “Shared Physical Custody: What Can We Learn From Australian Law Reform?”, *Journal of Divorce and Remarriage*, pp.401-413, published online: 10 Apr 2018. DOI: 10.1080/10502556.2018.1454197

¹² Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act 2006, puede consultarse en: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2006A00046>

¹³ DE SIMONE, Tracey “The friendly parent provisions in Australian family law –How friendly will you need to be?” *Australian Journal of Family Law*, 22, 56-71; y KASPIEW, Rae; GRAY, Matthew; WESTON, Ruth; MOLONEY, Lawrie; HAND, Kelly; QU, Lixia, *Evaluation of the 2006 Family Law Reforms*, Melbourne, Australian Institute of Family Studies, 2009. Summary, p. 12.

¹⁴ Vid. PARKINSON, Patrick “Shared Physical Custody...” pp.401-402.

¹⁵ FABRICIUS William V., AARON Michael, AKINS Faren R., ASSINI John J., MCELROY Tracy, “What happens when there is presumptive 50/50 parenting time? An Evaluation of Arizona’s New Child Custody Statute”, *Journal of Divorce & Remarriage*, n.59,5, April, 2018, (pp. 414-428), p.414.

¹⁶ Ver: <https://apps.legislature.ky.gov/record/18rs/hb528.html>. Amend KRS 403.270 to create a presumption that joint custody and equally shared parenting time is in the best interest of the child, and to require the court to consider the motivation of the adults involved when determining the best interest of the child for custody orders; amend KRS 403.280 to specify that the presumption of joint custody and equal parenting time is in the best

de 2021 (*Senatus Bill 18*) a favor de una presunción de carácter *iuris tantum* de que la custodia compartida es la mejor opción para garantizar el interés superior del menor¹⁷. El 8 de abril de 2021 ha pasado a ser *Act 604*¹⁸. Se puede afirmar que se trata de una lucha a nivel global en todo el ámbito occidental, que deja muchas interrogantes abiertas y supone un verdadero reto jurídico pendiente de una respuesta definitiva.

Por último, el Tribunal Supremo Federal suizo en la sentencia de 19 de octubre y del 13 de noviembre de 2020, ha sentado doctrina convirtiendo la custodia compartida alterna en la norma. En estas sentencias el Alto Tribunal trata de aclarar su jurisprudencia anterior al respecto. Pues bien, el Tribunal establece que la custodia compartida alterna debe ser el punto de partida, a partir del cual se pueda llegar a una decisión. Además, da prioridad al reparto equitativo de los cuidados del menor por parte de ambos padres, frente a los desiguales. Añade que la custodia única procede cuando en un caso particular existan razones concretas en contra de la regla de igualdad¹⁹.

4. Tratamiento interdisciplinar de la custodia compartida

Resulta de interés detenernos en las conclusiones del Congreso Internacional sobre custodia compartida e interés superior del menor que se celebró en Málaga los días 2 y 3 de diciembre de 2019²⁰, fruto del cual se ha publicado *The Routledge International Handbook of Shared Parenting and Best Interest of the Child*. Este evento en el que participaron especialistas de 20 nacionalidades, y que ha dado lugar al libro referido, tuvo el acierto de plantearse como un evento interdisciplinar en el que tanto el Derecho, como la Sociología y la Psicología tenían una relevancia compartida. En dicho Congreso, se afirmó que se trataba de los tres vértices de un triángulo equilátero, que son interdependientes y de necesaria aplicación conjunta. De esta forma, la Psicología aporta las pautas para determinar qué situaciones son conforme al interés superior del menor y cuáles deberían ser rechazadas por no acomodarse al mismo. Por otro lado, la Sociología sirve a fin de evaluar las medidas legislativas y mediante análisis estadísticos determinar si son acordes a los fines marcados desde la psicología o por el contrario se apartan de los mismos. Finalmente, en el Derecho debe de partirse de los postulados marcados por la Psicología para determinar la política legislativa necesaria para la mejora del Derecho de familia, posteriormente el análisis sociológico permitirá determinar si la medida legislativa adoptada efectivamente cumple con los fines propuestos o por el contrario debe ser revocada. Se concluyó que en lo sucesivo solo podría avanzarse a partir de este triángulo equilátero, que sirve tanto para fijar objetivos legislativos como para comprobar la adecuación de los resultados obtenidos.

interest of the child. Senate Floor Amendment: Specify that the presumption for joint custody and equally shared parenting time shall not apply when there has been a domestic violence order entered between two or more of the parties; amend KRS 403.740 to specify that the presumption for joint custody and equally shared parenting time shall not apply in cases where a domestic violence order is being entered.

¹⁷ Es un dato relevante que la reforma fue aprobada por una diferencia de votos de 71-16. Vid.: <https://www.ualpublicradio.org/post/legislature-passes-bill-changing-custody-laws-arkansas>

¹⁸ <https://legiscan.com/AR/bill/SB18/2021>

¹⁹ WIDRIG, Martin, “Das Bundesgericht erhebt die aternierende Obhut zur Regel. Besprechung der Urteile des Bundesgerichts 5^a_367/2020 und 5A_629/2019 von 13 November 2020”. *Sui Generis*, 2021, (2/6/21) pp.197-207. Posteriormente, el Tribunal Supremo Federal Suizo ha dictado la sentencia de 13 de noviembre de 2020 en el mismo sentido. <https://sui-generis.ch/article/view/sg.183>

²⁰ Vid. <https://www.uma.es/spanish-philippine-law-archive/info/119372/congreso-2019-programa>

5. Momento actual. Enfrentamiento entre defensores y detractores de una presunción legal a favor de la custodia compartida

La realidad hoy vigente se caracteriza principalmente por dos circunstancias. La primera es el progresivo aumento estadístico del porcentaje de custodias compartida tras un divorcio o una separación en los países que comprenden la llamada «cultura occidental». Este es un hecho objetivo e incuestionable que refleja una evolución social marcada por un cambio de mentalidad. Una segunda circunstancia propia del devenir de estos tiempos es el debate social y académico sobre la conveniencia de una presunción legal a favor de la custodia compartida. Aunque esta no es una cuestión nueva, sí lo es el hecho de que, tras la amplia expansión que ha experimentado la custodia compartida en las últimas dos décadas, se ha llegado a un momento en el que desde muchos sectores se afirma que procede implantar dicha presunción, para acomodar el derecho a la realidad social. No obstante, desde otros sectores se afirma que la custodia compartida sería «la opción preferida pero no preferente»²¹. Esta dialéctica es la que mejor resume el estado de la cuestión existente en el momento actual.

De hecho, la materialización legal de esta propuesta se ha visto cuestionada por un movimiento, igualmente muy extendido a nivel global, en contra de su admisión. Lo cierto es que actualmente se están realizando propuestas a favor de una presunción legal de la custodia compartida en todas las latitudes, propuestas que están siendo muy contestadas por un importante sector social y académico. Como consecuencia de ello, muchas de estas propuestas a favor de esta presunción legal se quedan en el camino; otras mutan durante el proceso legislativo y terminan por excluir la referida presunción; otras si bien aprueban una modificación legal a favor de esta presunción, poco después son derogadas, si bien finalmente hay reformas legales a favor de la presunción que prosperan y parecen consolidarse. Por tanto, la situación es variada y depende de la latitud geográfica en la que nos encontremos. No obstante, cualquiera de todas estas alternativas legales ha venido acompañada de una encarnecida lucha social y académica entre sectores antagónicos. Parece como si la realidad política propia de estos tiempos polarizados también se reflejara en este ámbito, pues las presiones y posicionamientos llegan a ser extremos también en materia de custodia.

Paralelamente al debate legal, en ciertos ordenamientos como el español o el suizo se ha creado jurisprudencia declarando preferente la custodia compartida. En el caso español esta presunción jurisprudencial creada por el Tribunal Supremo ha sido generalmente admitida sin especiales resistencias²².

²¹ LAUROBA LACASA, Elena, “Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta del Código Civil Catalán”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2011, Vol.110, nº2, pp.313-344.

²² Como señalan GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith, en *Custodia compartida. Derechos de los hijos y los padres*, Pamplona, Ed. Aranzadi Thomson-Reuters, 2005, p.5, refiriéndose a la custodia compartida «a nadie se le oculta que, pese a que en nuestros ordenamientos la jurisprudencia no es fuente de derecho, sin embargo, ha jugado y continúa ejerciendo un especial rol a la hora de interpretar la norma y de fijar criterios para su atribución; sin olvidar su influencia a la hora de impulsar las modificaciones o adaptaciones oportunas».

6. Argumentación en contra de una presunción legal a favor de la custodia compartida

Los detractores de la admisión de una presunción legal a favor de la custodia compartida alegan tres razones de peso a la hora de defender sus planteamientos. La primera es que dicha presunción colisionaría frontalmente con el principio del interés superior del menor, que por definición implicaría que el juez a la hora de decidir debe hacerlo de forma libre y sin ningún tipo de prejuicio, atendiendo únicamente a las circunstancias concretas del caso específico a resolver, sin estar encorsetado por una presunción legal.

La segunda sería que debe tenerse en cuenta que los casos en los que se aplicaría esta presunción por el juez serían aquellos en los que no existiría previo acuerdo entre los padres sobre la custodia. Cuando la falta de acuerdo es tan elevada que las partes se ven obligadas a resolver su disputa ante los tribunales, es presumible que la relación entre ellos sea tensa y marcada por una falta de entendimiento considerable, cuando no de animadversión. En estas circunstancias, un importante sector afirma que no debería plantearse una custodia compartida, pues esta debería admitirse solo en aquellos supuestos en los que existiese un entendimiento colaborativo entre los padres. Menos aún sería admisible una presunción a favor de este tipo de custodia.

Por último, una tercera razón de peso, alegada con fuerza por quienes niegan la admisión de este tipo de presunción es que la misma disuadiría a las mujeres de presentar denuncias por violencia de género o doméstica. Es decir, que tendría por efecto silenciar a las madres que evitarían denunciar la violencia por pensar que se volvería contra ellas, ya que tendrían que luchar frente a una presunción en su contra.

6.1. Primera cuestión. Colisión entre la presunción legal a favor de la custodia compartida y el interés superior del menor

Procedemos ahora a evaluar cada una de las objeciones planteadas sobre la admisibilidad de una presunción en esta materia. La primera es que su implantación colisionaría frontalmente con el principio del interés del menor que por definición impediría limitar al juez con presunciones legales o puntos de partida a la hora de decidir sobre esta materia. Es decir, que a la hora de decidir cuál es el interés del menor en un determinado supuesto, hay que atender únicamente a las circunstancias del caso concreto a resolver, sin condicionar la decisión por presunciones previas que impongan un determinado punto de partida. De hecho, se afirma que admitir dicho tipo de presunciones equivaldría a negar el carácter de principio general prioritario que le corresponde al interés superior del menor.

a. Punto de partida. El concepto del interés del menor

Ese planteamiento obliga a definir con carácter previo el concepto del interés superior del menor, traducción que se ha hecho en español de la expresión inglesa *best interest of the child*. Es fundamental aclarar cuál es la interpretación que debe darse a este concepto para poder determinar su contenido y alcance, precisamente para poder dar una respuesta fundada a las objeciones referidas. Para ello, debemos partir del proceso de aprobación del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, pues se trató de un proceso difícil, en el que dos visiones contrapuestas colisionaron. Esta colisión condicionó la redacción

final del artículo, e igualmente podría condicionar a su intérprete, pues el punto de partida debería venir determinado por el acuerdo al que se llegó en la Convención de los derechos del niño al aprobarlo.

b. Interpretación del interés del menor conforme al proceso de su fijación por las Naciones Unidas

El punto de partida para determinar el concepto del interés del menor viene determinado por la polarización en el proceso de su fijación al aprobarse la Convención en 1989. Ello fue debido al enfrentamiento que se produjo al determinar si el interés del menor debía prevalecer sobre cualquier otro interés o no.

Es relevante el hecho de que originariamente el texto del artículo 3 de la Convención propuesto por el Grupo de Trabajo en el documento E/CN.4/1989/WG.1/WP.2, aprobado en la primera lectura incorporando las revisiones sugeridas por el UNICEF y la revisión técnica llevada a cabo por la Secretaría refería que: «*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be the (a) primary consideration*». No obstante, dicho texto se modificó y finalmente el que se aprobó el 20 de noviembre de 1989 ya no refería la expresión «*the primary consideration*» sino «*a primary consideration*»²⁵, que es el texto aún vigente. Durante las discusiones para la aprobación del texto final de la convención, varias delegaciones se preguntaron si el interés superior del niño debía ser la consideración primordial en todas las acciones (párrafo 117 y ss.). Se señaló que había situaciones en las que los intereses contrapuestos, entre otros, de la justicia y de la sociedad en general, deberían tener una importancia al menos igual, si no mayor, que los intereses del niño. De hecho, en un esfuerzo por disipar estas preocupaciones, el observador de Canadá sugirió que, tal y como se adoptó durante la primera lectura, el párrafo debería hacer de los intereses del niño «una» consideración primordial. Finalmente, en el párrafo 125 del documento se refiere que «a la vista de las fuertes reservas expresadas sobre que el interés del niño sea “la” consideración primordial en todas las situaciones y teniendo en cuenta que las delegaciones que consideraban que debería serlo no insistieron en esta revisión, se llegó al consenso de hacer el interés del niño sólo “una” consideración primordial en todas las acciones, tal como figuraba en el texto adoptado en primera lectura». Finalmente, en el párrafo 126 se refiere que el grupo de trabajo procede a adoptar el texto del párrafo primero del artículo 3 como sigue: «*1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.*»

c. Otras posiciones a favor de la aplicación del interés del menor como «una consideración primordial»

Jurisprudencia del TEDH. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en diferentes casos que el art. 8 del Convenio de Derechos Humanos establece que las autoridades nacionales tienen la obligación de realizar los progresos necesarios para facilitar el contacto entre los hijos y los padres en la medida en que sea razonablemente exigible, teniendo en cuenta los hechos del

²⁵ Nos referimos aquí al texto elaborado por la Commission on Human Rights. Forty-fifth session. Report of the Working Group on a draft convention on the rights of the child: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/1989/48, p.22 y ss.

caso concreto. Este planteamiento del Tribunal Europeo se ha interpretado como la existencia de una presunción iuris tantum a favor del contacto entre los hijos y los padres. El TEDH no considera que el interés superior deba aplicarse de forma automática, sino que, por el contrario, debe aplicarse como una herramienta importante que, en casos concretos -dependiendo del contexto, las circunstancias y la importancia- puede prevalecer sobre los intereses de los padres, como se decidió en Johansen contra Noruega²⁴. Por lo tanto, según esta jurisprudencia, el bienestar del niño o el interés superior del niño no es la única consideración a tener en cuenta. De hecho, el tribunal consideró en este caso que la separación de la menor no quedaba justificada a los efectos del art. 8.2 CRDH, pues no se había probado que dicha medida respondiera a una exigencia primordial que neutralizara la aplicación del interés del menor. En otras palabras, se considera que puede haber otros intereses que pueden neutralizarlo. De hecho, en el párrafo 78 se dice que debe mantenerse un equilibrio justo entre los intereses del niño a continuar acogido y los del padre a vivir con él, añadiendo que el Tribunal concederá una importancia particular al interés del menor que, según su naturaleza y su gravedad, podrá superar al del padre: «*In carrying out this balancing exercise, the Court will give particular importance to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent*». Esta doctrina se ha aplicado por el TEDH en repetidas ocasiones, como por ejemplo en el caso Mamchur contra Ucrania²⁵, si bien esta última sentencia plantea dudas interpretativas.

En España, esta posición se vio reflejada en una importante sentencia del Tribunal Supremo que, sin embargo, ha pasado inadvertida. Se trata de la STS de 6 de febrero de 2014, que, al resolver sobre los contratos con madres subrogadas, recogió una importante interpretación del texto de las naciones unidas sobre el interés del menor. En este caso, el Tribunal español obvió la aplicación del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, optando por una aplicación del artículo 3 de la Convención conforme a su sentido literal que niega la prevalencia al interés del menor, alegando que la Convención también es derecho interno español²⁶.

²⁴ Johansen contra Noruega, 1996, Sentencia de 7 de agosto de 1996, TEDH 1996\3 para. 84: “Against this background, the Court does not consider that the decision of 3 May 1990, in so far as it deprived the applicant of her access and parental rights in respect of her daughter, was sufficiently justified for the purposes of Article 8 para. 2 (art. 8-2), it not having been shown that the measure corresponded to any overriding requirement in the child’s best interests (see paragraph 78 above). Therefore the Court reaches the conclusion that the national authorities overstepped their margin of appreciation, thereby violating the applicant’s rights under Article 8 of the Convention (art. 8)”.

²⁵ STEDH Mamchur contra Ucrania. Sentencia de 16 de julio de 2015 (JUR 2015\185811) que con respecto a la aplicación del artículo 8 del CEDH cita la doctrina fijada por la sentencia de Johansen contra Noruega respecto al contacto entre menor y progenitor.

²⁶ STS de 6 de febrero de 2014, (RJ 2014\833), Ponente: Rafael Saraza Jimena. Igualmente nos referimos a la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de enero de 2018, ponente: Miguel Ángel Navarro Robles, (JUR\201846596) en la que se dio prioridad al interés de la madre a poder conllevar la vida laboral y el cuidado de sus hijos, imponiéndose la custodia compartida al padre, que rechazaba incluso la custodia exclusiva de sus hijos. Por último, también destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 24 de febrero de 2021, ponente: Cristina Mir Ruza (JUR 2021\178370), en la que junto al principio del interés superior del menor aplica el principio del respeto a la dignidad de la persona discapacitada. De hecho, en esta decisión se intenta lograr un equilibrio entre dichos principios al mantener la custodia compartida a favor de una madre que había sufrido un derrame cerebral del cual no se había recuperado, necesitando ayuda de terceras personas. No obstante, la valoración del riesgo que estas situaciones puedan crear deberá ser objeto de un detenido análisis jurisprudencial y doctrinal. La reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se ha reformado la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, exige de un laborioso encaje jurídico para adaptar su texto a la realidad social y fijar la interpretación de su contenido.

Igualmente se ha apuntado el riesgo al que podría derivar el hecho de considerar el interés del menor como la única consideración primordial, pues podría caerse en la tentación de aplicarlo como una cláusula general que está por encima de la ley, tal como ha pasado con el principio de la buena fe en distintos ordenamientos continentales²⁷.

Finalmente, la doctrina ha recogido un argumento filosófico en contra de la conceptualización del interés superior del niño como única consideración primordial²⁸. Este punto de vista puede entrar en conflicto con la ética kantiana que nos ordena no utilizar a un ser humano como una herramienta, sino respetarlo como un fin. Por lo tanto, la protección de un niño no puede implicar el desconocimiento del interés de sus padres, a costa de su propio bienestar. Se afirma que la protección del niño no podría justificarse al precio de actuar en contra del sentido de la justicia e ignorar los intereses de sus padres. No se puede dejar de tener en consideración los derechos fundamentales de todas las personas afectadas. En el informe de *Institut International des Droits de l'enfant* de 2010 se llega a afirmar que ello equivaldría a crear una auténtica «república de niños».²⁹

d. Análisis de la aplicación del interés del menor por las legislaciones estatales

La controversia que surgió a la hora de fijar el concepto del interés del menor en las Naciones Unidas se resolvió conforme a la propuesta de Canadá a favor de negarle carácter prevalente general. Evidentemente, la primera cuestión a dilucidar es saber cómo ha sido interpretado el interés superior del menor por la doctrina y como se ha incorporado en los distintos derechos estatales tras la Convención de 1989 y, en especial, si se ha definido como «una» o «la» consideración primordial.

En 2010 se presentó el informe del *Institut International des Droits de l'enfant* en el que se afirma que el art.3 debe ser interpretado en el sentido de que el interés del menor no tiene por qué usurpar todos los demás intereses del caso (por ejemplo, los de los padres, los de otros niños, los de los adultos, los de los servicios públicos o los del Estado). El informe señala que esta terminología implica que el interés superior del niño no siempre será el único y más importante, y puede haber otros intereses en juego. Respecto a si el artículo «un», utilizado en lugar de «el», debilita el principio, se afirma que no, pues se sitúa el principio del interés superior en el lugar que le corresponde, ya que se establece la obligación de considerar, en todas las decisiones, el interés superior del niño. Es decir, que este criterio entra en competencia con otros criterios de valor. Es la concurrencia de varios intereses lo que hace necesaria la aplicación del principio del

²⁷ DE TORRES PEREA, José Manuel, “Best Interest of the Child: “a” or “the” Primary Consideration?” *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Coord. Torres Perea, J.M.; Kruk, Edward y Ortiz-Tallo Margarita, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, (pp.51-62), p.57 y en “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *Diario La Ley*, nº8737, 2016, pp.1-22. TENA PAZUELO, Isaac, “Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida”, *Revista de Derecho Civil*, Vol.5, nº1, (enero-marzo 2018), 2018, (pp.99-131) p.104.

²⁸ ELSTER, Jon “Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child”, (1987), 54 (1) *U Chicago L Rev* 1. pp. 1-45.

EEKELAAR, John, “Beyond the Welfare Principle”, in *Child and Family Law Quarterly*, pp.237-250, p.243.

²⁹ ZERMATTEN, Jean, “The Best Interests of the Child Literal Analysis, Function and Implementation”, 2010 working report. *Institut International des Droits de l'enfant*, pp.1-27, pp.11-12.

interés superior como uno de los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de sopesar los méritos relativos de intereses posiblemente divergentes. Concluye el informe afirmando que: «No sería deseable que el interés del niño fuera superior a todos los demás intereses. Ello supondría la creación de una república de los niños - no en el sentido de Jasnusc Korzack- sino que tendría como resultado colocar al niño en un pedestal simbólico. Esta situación pondría en peligro las protecciones existentes a las que tiene derecho cada niño y podría causar un daño irremediable al disfrute de los derechos del niño». ⁵⁰ Este párrafo sintetiza el estado de la opinión doctrinal en la fecha de su redacción, 2010.

En materia de legislativa, recogemos solo algunos supuestos representativos, en ambos sentidos, según se reconozca o no preeminencia al interés del menor. En el caso español la doctrina ve incardinado el interés del menor en el art. 39 de la Constitución que ordena a los poderes públicos asegurar la protección integral de los hijos⁵¹. A la hora de fijar su contenido el legislador se ha decantado por dar primacía al interés del menor en todo momento y ante cualquier otro interés concurrente. De hecho, el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996, tras la reforma de 2015, dice: «Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Para añadir en su párrafo cuarto que «En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.»⁵² Es decir, da un papel prioritario al interés del menor como *ultima ratio*, si bien exigiendo un escrupuloso respeto a los intereses legítimos de las personas que pudiesen quedar afectadas. Nos preguntamos si la coletilla final pueda implicar que en el caso de que un interés

⁵⁰ ZERMATTEN, Jean, “The Best Interests of the Child...”, pp.11-12, refiere que en el texto aprobado en 1989 solo se recogió una excepción, el art. 21 de la Convención que dice: “States parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration.” A la cual posteriormente habría que unir el art. 23 (2) de la Convención de las Naciones Unidas sobre personas con discapacidad que dice: “States parties shall ensure the rights and responsibilities of persons with disabilities, with regard to guardianship, wardship, trusteeship, adoption of children, or similar institutions where these concepts exist in national legislation; in all cases the interests of the children shall be paramount. States parties shall render appropriate assistance to persons with disabilities in the performance of their child-rearing responsibilities”.

Al respecto señala VAN BUEREN, Geraldine, en *Child Rights in Europe, Convergence and divergence in judicial protection*, Ed. Council of Europe 2007, p. 32 que «...en determinadas circunstancias, como la adopción o los niños que viven con discapacidades, puede aplicarse el “higher standard”, es decir, el interés del menor como “la” consideración primordial».

Vid. https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_best-interest-child2009.pdf

⁵¹ DOMÍNGUEZ OLIVEROS, Inmaculada, ¿Custodia compartida preferente o interés del menor?: marco normativo o praxis judicial, Ed. *Tirant lo blanch*, Valencia, 2018, p.386. DE TORRES PEREA, J.M. “Custodia compartida una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *InDret*, 4.2011, p.1 y ss.

⁵² Por su parte, el art.211-6 del Código Civil Catalán, titulado “interés superior del menor”, señala que el interés superior del menor es el principio inspirador de cualquier decisión que le afecte.

concurrente encarne un derecho fundamental, éste pueda llegar a prevalecer sobre el interés superior del menor en caso de colisionar ambos. Lo cierto es que la ley literalmente no dice tanto, pero puede que se interprete que se deja abierta una alternativa.

No obstante el Tribunal Supremo español en ocasiones ha obviado la aplicación del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, optando por una aplicación del artículo 3 de la Convención conforme a su sentido literal que niega la prevalencia al interés del menor, alegando que la Convención también es un derecho interno español³³. Nos referimos a una sentencia bien conocida, la de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad subrogada³⁴, que sin embargo ha pasado inadvertida por la doctrina respecto al enfoque que da al concepto del interés superior del menor. Esta sentencia refleja una línea de jurisprudencia alternativa dentro del Tribunal Supremo³⁵. En el párrafo séptimo del Fundamento de Derecho quinto se refiere al artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño³⁶, artículo que dice que el interés superior del menor supone «una consideración primordial» a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños. Pues bien, la sentencia afirma que «además de lo expuesto respecto de la pertinencia de concretar tal principio conforme a las pautas de la legislación en la materia, ha de tenerse en cuenta que tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración», añadiendo que «pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación». A continuación, cita como esos otros «bienes jurídicos» que hay que tener en cuenta en la ponderación y que pueden estar a la misma altura del interés superior del menor, los siguientes: «el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.» Afirma la sentencia que se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y a las relaciones familiares»³⁷.

³³ STS de 6 de febrero de 2014, (RJ 2014\833), Ponente: Rafael Saraza Jimena

³⁴ STS de 6 de febrero de 2014, (RJ 2014\833), Ponente: Rafael Saraza Jimena. Voto particular suscrito por José Antonio Seijas Quintana, José Ramón Ferrándiz Gabriel, Francisco Javier Arroyo Fiestas y Sebastián Sastre Papiol.

³⁵ Puede decirse que esta sentencia supone la punta del iceberg de una línea jurisprudencial alternativa en el Tribunal Supremo contraria a una aplicación maximalista del interés del menor. Esta línea es clara si tenemos en cuenta que inicialmente fue nombrado como juez ponente para la misma José Antonio Seijas Quintana (a quien podríamos considerar como el representante de la línea oficial del TS en materia de interés del menor), quien terminaría firmando el voto particular apoyado por otros tres magistrados.

Esta línea jurisprudencial, que aparentemente es minoritaria, se vislumbra cuando en el seno del Tribunal Supremo se lleva la aplicación del interés superior del menor a sus últimas consecuencias, como en este supuesto en el que los magistrados que finalmente firmaron el voto particular consideraban procedente la inaplicación de una norma imperativa, como la contenida por el artículo 10 de la Ley de Técnicas de reproducción humana asistida, Ley 14/2006, de 26 de mayo, por exigir el interés superior del menor. Dicho artículo dice: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

³⁶ Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990/2712).

³⁷ Recoge a título de ejemplo el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (RCL 1995/2270).

En el caso del Reino Unido, la sección primera del *Children Act* dice: «*When a court determines any question with respect to – (a) the upbringing of a child; or (b) the administration of a child’s property or the application of any income arising from it, the child’s welfare shall be the court’s paramount consideration*». Por tanto, al definirse el bien del niño como «la» consideración primordial, se opta por reconocerle primacía sobre cualquier otro interés. Un enfoque similar se ha adoptado en Alemania, pues el primer párrafo del artículo 1697b del BGB señala que, «salvo disposición en contrario, en los procedimientos relativos a las materias reguladas en el presente Título, el tribunal adoptará la decisión que más convenga al interés del menor, teniendo en cuenta las circunstancias y posibilidades de hecho y los intereses legítimos de las partes implicadas».³⁸

En Francia, el Código Civil exige a los jueces que basen sus decisiones en el criterio esencial del interés del menor. Antes de la Ley de 4 de marzo de 2002 estaba contenido en el artículo 247 del Código Civil y, por tanto, sólo se refería al divorcio. En la actualidad, se recoge en el artículo 373-2-6 y, por tanto, se ha ampliado la competencia del Tribunal de Familia para salvaguardar el interés superior del niño en todos los casos de intervención en materia de patria potestad³⁹. Este artículo dice que: «*Le juge du tribunal judiciaire délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises dans le cadre du présent chapitre en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs*». Por tanto, es una fórmula abierta que no concreta la primacía del interés del menor. El Código Civil italiano se refiere al «*interesse del minore*» en los artículos 317-bis, 336-bis, 337-quarter, de una forma neutra, sin atribuirle prevalencia.

e. *Conclusión sobre el primer punto ¿Es compatible una presunción legal a favor de la custodia compartida con el interés del menor?*

Una vez analizada la aplicación del interés del menor por distintas legislaciones estatales, es el momento de analizar la reciente interpretación que han hecho de este principio las Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

e.1. Reelaboración del concepto de interés del menor por la Observación General 14 (ONU)

Respecto a las Naciones Unidas debe destacarse la publicación por el Comité de los derechos del niño de las Naciones Unidas del Observatorio general n° 14 del año 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, que se corresponde con el artículo 3, párrafo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

Pues bien, el párrafo 67 de la observación general n°14 dice: «El Comité opina que las custodias compartidas son, por lo general, en el interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a las responsabilidades parentales, el único criterio será el interés superior del niño en cuestión. Es contrario a esos intereses que la Ley otorgue automáticamente la responsabilidad

³⁸ Art. 1697b BGB: « (1) Soweit nichts anderes bestimmt ist, trifft das Gericht in Verfahren über die in diesem Titel geregelten Angelegenheiten diejenige Entscheidung, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entspricht.»

³⁹ PASCAL, Julie, *Les perspectives d’évolution du droit de la filiation en considération de l’intérêt supérieur de l’enfant*, Ed. *Le petit juriste*, 2013 p.14-15.

parental a uno o a ambos progenitores. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a preservar su relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes al caso». Por tanto, por un lado, parece que el Comité realiza una interpretación correctora del artículo 3 de la Convención en caso de custodia compartida, de forma que se podría considerar que en ese caso el interés del menor es «la» consideración primordial, y no «una» consideración primordial. Por otro lado, es significativo que lo único que prohíbe sería una legislación que de forma automática estableciera un régimen de custodia compartida para el caso de crisis matrimonial/familiar, pero no una presunción a favor de dicho tipo de custodia de carácter *iuris tantum*. En todo caso la Observación General si bien aporta una interpretación cualificada, no puede ser considerada como auténtica.

e.2. Reinterpretación de la doctrina Johansen contra Noruega (TEDH)

Con respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien partimos de la doctrina sentada por Johansen contra Noruega⁴⁰, según la cual el bienestar del niño o el interés superior del niño no es la única consideración a tener en cuenta. Sin embargo, hemos referido que la aplicación de esta doctrina en casos recientes como por ejemplo en Mamchur contra Ucrania⁴¹, recoge una interpretación correctora de la misma. En esta sentencia de 2015 se refiere en el párrafo 79 a la obligación de las autoridades nacionales de tomar medidas para facilitar el contacto entre un padre no custodio y un niño. En concreto refiere que cualquier contacto de este tipo, así como su naturaleza y alcance, dependerá de las circunstancias de cada caso y, «en última instancia, estará sujeto al interés superior del niño». Añade que, aunque las autoridades nacionales deben hacer todo lo posible para facilitar dicha cooperación, cualquier obligación de aplicar la coerción en este ámbito debe ser limitada, ya que deben tenerse en cuenta tanto los intereses como los derechos y las libertades de todos los implicados. Reitera posteriormente que debe concederse una importancia primordial al interés superior del niño y a sus derechos en virtud del artículo 8 del Convenio. En el párrafo 100 vuelve a señalar que la evaluación de la proporcionalidad global de cualquier medida que suponga un riesgo de ruptura de los vínculos familiares exigirá que los tribunales sopesen cuidadosamente una serie de factores en la balanza, y éstos pueden variar en función de las circunstancias del caso en cuestión. Y de seguido vuelve a decir que hay que tener en cuenta que se debe conceder una importancia primordial al interés superior del niño. Finalmente, aunque puede parecer contradictorio que por un lado se afirme que cualquier contacto entre el menor y su progenitor en última instancia estará sujeto al interés superior del niño para, a continuación, referir que hay que conceder una importancia primordial al interés del menor citando la doctrina de Johansen contra Noruega, parece que la evolución interpretativa del interés superior por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiende a elevarlo a la consideración primordial prioritaria a la hora de decidir sobre su custodia.

⁴⁰ Johansen contra Noruega, 1996, Sentencia de 7 de agosto de 1996, TEDH 1996\3 para. 84: “Against this background, the Court does not consider that the decision of 3 May 1990, in so far as it deprived the applicant of her access and parental rights in respect of her daughter, was sufficiently justified for the purposes of Article 8 para. 2 (art. 8-2), it not having been shown that the measure corresponded to any overriding requirement in the child’s best interests (see paragraph 78 above). Therefore, the Court reaches the conclusion that the national authorities overstepped their margin of appreciation, thereby violating the applicant’s rights under Article 8 of the Convention (art. 8)”.

⁴¹ STEDH Mamchur contra Ucrania. Sentencia de 16 de julio de 2015 (JUR 2015\185811) que con respecto a la aplicación del artículo 8 del CEDH cita la doctrina fijada por la sentencia de Johansen contra Noruega respecto al contacto entre menor y progenitor.

Puede concluirse que se ha producido una evolución sobre el concepto del interés del menor en los 30 últimos años y hoy en día parece afianzarse la interpretación que lo eleva a la «única» consideración prioritaria a aplicar cuando se decide sobre la custodia del menor, apartándose de la postura interpretativa inicial tras su aprobación en las Naciones Unidas en 1989.

No obstante, en la parte final de este artículo nos referimos a una nueva línea científica que desde la teoría sociológica cuestiona la primacía del interés del menor, considerando que el fundamento para decidir ha de recaer en la igualdad de género, especialmente al fijar la custodia del menor tras una ruptura de los padres. De esta forma, la custodia compartida dependería de si efectivamente existe una situación de igualdad de género que ha hecho posible el pacto de los padres, pues de lo contrario, afirman, no sería posible. Desde estas posiciones se deja el interés del menor en un segundo plano a la hora de decidir.

e.3. Compatibilidad del interés del menor y la presunción legal a favor de la custodia compartida

Ahora bien, esta primera conclusión sobre la evolución del concepto del interés del menor en las últimas décadas no debe llevarnos a excluir la posibilidad de admitir una presunción a favor de la custodia compartida⁴². Procede una interpretación conforme a la Observación General 14 de las Naciones Unidas, que si bien niega poder imponer directamente por mandato de ley un tipo de custodia determinado, por atender ello contra el principio del interés superior del menor, sin embargo no impide que se tenga como punto de partida una determinada presunción a favor de un tipo de custodia, que por ser la generalmente adoptada en un determinado tipo de supuestos, pueda facilitar al juez su labor al decidir sobre el bien del niño.

De hecho, de entenderse que el interés del menor es «la» consideración primordial, resulta razonable aplicar el párrafo 67 de la observación general n°14 que dice que «El Comité opina que las custodias compartidas son, por lo general, en el interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a las responsabilidades parentales, el único criterio será el interés superior del niño en cuestión. Es contrario a esos intereses que la ley otorgue automáticamente la responsabilidad parental a uno o a ambos progenitores». Es decir, aunque se prohíbe un automatismo legal a favor de la custodia compartida, sin embargo, no se prohíbe la existencia de una presunción legal que pueda servir de punto de partida y que coincida con la medida que se considere más favorable para el menor. Recordemos que el párrafo 67 dice claramente que «el Comité opina que las custodias compartidas son, por lo general, en el interés superior del niño». En la misma línea está la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que de forma reiterada ha señalado que las autoridades nacionales deben tomar medidas para facilitar el contacto entre un padre no custodio y un niño. En la misma línea, las resoluciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1921 (2013) sobre «La igualdad de género, la conciliación del trabajo y la vida privada y la corresponsabilidad» y 2079 (2015) sobre igualdad y

⁴² Parte de la doctrina afirma la incompatibilidad entre el interés del menor y todo tipo de presunciones. MUNBY James, Presidente de la División de Familia en Inglaterra, ha declarado que no puede haber presunciones en un caso regido por el artículo 1 de la Ley de Menores de 1989. Munby LJ in Re F, Relocation, 2012, EWCA Civ 1364, 2013, 1 FLR 645, 2013 1 FLR 645, at para. 37. Además, Andrew Bainham y Stephen Gilmore consideran que el principio de interés del menor requiere “a court to consider all circumstances bearing on welfare, rather than the basic facts of a presumption simply prevailing in the absence of evidence to the contrary”. Considera que el problema de fondo es que la presunción puede correr el riesgo de subordinar el bienestar del niño a los intereses de los padres. BAINHAM, Andrew y GILMORE, Stephen, “The English Children and Families Act 2014”, 2015, 46 VUWLR, pp.627-648, p.633.

corresponsabilidad». En esta última se solicitó a las autoridades públicas de los Estados miembros respetar el derecho de los padres a una responsabilidad compartida como medida garantista en caso de separación o divorcio. De hecho, en el punto 5.5 se solicita a los Estados miembros: «Introducir en su legislación el principio de alternancia de custodia de los hijos después de una separación, al tiempo que se limiten las excepciones a los casos de abuso o negligencia hacia un niño, o la violencia doméstica y ajustar el tiempo de residencia de acuerdo a las necesidades e intereses de los niños».⁴³ Igualmente, sigue esta línea la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo de España desde 2013, y las recientes sentencias del Tribunal Supremo de Suiza.

Igualmente, en Inglaterra se introdujo una presunción en 2014 en la subsección 2 de la sección 1 del *Children Act* de 1989, que recoge una presunción según la cual «el tribunal... debe presumir respecto a cada progenitor del apartado (6a), a menos que se demuestre lo contrario, que la participación de ese progenitor en la vida del niño en cuestión favorecerá el bienestar del niño». La introducción de esta presunción originó un intenso debate, al respecto del cual ha dicho Kanagas que el «juez sigue teniendo discreción a pesar de la presunción». Señala que ello significa que el juez podría negar el contacto, aunque no se hubiera rebatido la presunción. Considera que la presunción es sólo «uno de los factores que el tribunal debe tener en cuenta al aplicar el principio de que el bienestar del niño es primordial».⁴⁴

Por todo ello puede concluirse que el principio del interés superior del menor es compatible con la aplicación de una presunción y que una posibilidad sería la presunción a favor de la custodia compartida. Otra cuestión será si dicha presunción «gusta» o «disgusta» a las distintas sensibilidades en juego. Por tanto, podemos considerar superada la primera objeción planteada.

6.2. Segunda cuestión. La custodia compartida es incompatible con la falta de armonía entre los cónyuges

Según la sistemática propuesta, pasamos ahora a estudiar la segunda objeción que suele esgrimirse para negar la procedencia de una presunción a favor de la custodia compartida, y la propia viabilidad de la custodia compartida. Se afirma que la tensión que provoca la falta de acuerdo entre los padres y que les lleva a resolver su disputa ante el juez implica una relación difícil, marcada por una falta de entendimiento considerable, cuando no de animadversión. Por

⁴³ Vid. Resolución oficial en <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=22220&lang=fr> y <https://es.slideshare.net/kidetza1/resolucin-del-consejo-de-europa-2079>. La resolución 2079 (2015) señala que el respeto de la vida familiar es un derecho fundamental consagrado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, siendo un elemento esencial para garantizar la vida familiar el hecho de que uno de los padres y el niño estén juntos, añadiendo que una separación entre padres e hijos tiene efectos irreversibles en sus relaciones, por lo que sólo circunstancias excepcionales y, especialmente graves, teniendo en cuenta el interés superior del niño, pueden justificar la separación (padre-hijo), ordenada por el Juez.

⁴⁴ KAGANAS, Felicity “Parental involvement: a discretionary presumption”, *Legal Studies*, 2018, 38, pp.549-570, p.557. En este trabajo se han publicado las conclusiones de su investigación sobre la aplicación de la reforma de la Ley de la Infancia y la Familia a partir de un estudio de casos. Considera que la presunción de participación de los padres no ha cambiado la forma en que los tribunales deciden los casos. Su opinión es que la presunción no buscaba restringir la discrecionalidad judicial, sino estructurar la toma de decisiones de la mejor manera para «promover la claridad y la transparencia», educando a los padres para que se involucren en la vida del niño y acepten la participación del otro progenitor. Sin embargo, igualmente concluye que la aplicación de esta presunción no ha reducido el número de casos que llegan a los tribunales, ni la percepción de parcialidad e injusticia en los tribunales, ni ha restaurado la confianza pública en el sistema de justicia familiar. P.569.

ello se dice que en estas circunstancias no debería plantearse una custodia compartida, pues está debería admitirse solo en aquellos supuestos en los que existiese un entendimiento colaborativo entre los padres⁴⁵. Por tanto, con más razón debería rechazarse una presunción a favor de este tipo de custodia.

En España, el Tribunal Supremo ha ido hilvanando una jurisprudencia que se aleja de estos postulados. De hecho, ni el Tribunal Supremo exige acuerdo para conceder la custodia compartida, ni tampoco requiere una relación armónica entre los cónyuges. Por el contrario afirma en las sentencias de 11 de febrero de 2016 y 16 de septiembre de 2016 que para la adopción del sistema de custodia compartida, no se exige un acuerdo sin fisuras entre los progenitores, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores, así como unas habilidades para el diálogo que se deben suponer existentes⁴⁶. Más aún, se afirma que la existencia de desencuentros propios de la crisis de convivencia tampoco justifican *per se*, que se desautorice la custodia compartida, sino que sería preciso que existiese prueba de que dichas diferencias o enfrentamientos afectarán de modo relevante a sus hijos menores, causándoles un perjuicio, tal como refiere la STS de 27 de junio de 2016⁴⁷.

En resumen y conforme a la STS de 17 de junio de 2020, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que si bien la custodia compartida exige de una relación de respeto entre los padres⁴⁸, ello no empece a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen *per se* este régimen de guarda y custodia, a no ser que perjudiquen de modo relevante a los menores⁴⁹. La STS de 16 de octubre de 2014 trató de acotar el supuesto afirmando que: «para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial⁵⁰. Resume esta jurisprudencia Martínez Salchiz señalando que «solo por las malas

⁴⁵ Al respecto resulta interesante la conclusión a la que llega BOLAÑOS CARTUJO, Iñaki, en “Custodia compartida y coparentalidad: una visión relacional”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol.15, 2015 (pp.57-72) p.71 al afirmar que: “es posible identificar y promover coparentalidad incluso cuando aparentemente esta es inexistente, se encuentra bloqueada o está deteriorada”.

⁴⁶ SSTS de 11 de febrero de 2016, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas (RJ 2016\249), 16 de septiembre de 2016, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas, (RJ 2016\4449), y de 17 de enero de 2017, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas, (RJ 2017\352). Como señala Marta MORILLAS FERNÁNDEZ, el hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, en “Régimen jurídico de la custodia compartida: El interés del menor”, en *La custodia compartida en España*, coord. Diego Becerril y Mar Venegas, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pp.93-108, p.104.

⁴⁷ STS de 27 de junio de 2016, ponente Eduardo Baena Ruiz (RJ 2016\3717).

⁴⁸ Como señala ROMERO COLOMA, Aurelia María, en *La guarda y custodia compartida: una medida familiar igualitaria*, Ed. Reus, Madrid, 2011, p. 186, la custodia compartida exige, al menos, de un cierto entendimiento entre los progenitores, en aquellas materias o asuntos directamente relacionados con su prole. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, en “Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009”, *InDret* 3/2010, pp.1-21, p.19, afirma que si concurren los presupuestos legales y los criterios o circunstancias fácticas deberá acordarse la custodia compartida porque “el interés del menor se concretará en el mantenimiento de las relaciones personales y cuidado directo de modo regular con su padre y su madre”.

⁴⁹ STS de 17 de junio de 2020, ponente Eduardo Baena Ruiz, (RJ 2020\2187).

⁵⁰ STS de 16 de octubre de 2014, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas, (RJ 2014\5165). En el caso de la STS de 28 de enero de 2016, ponente José Antonio Seijas Quintana, (RJ 2016\370) se afirma que el hecho de que el menor pueda gozar de una determinada estabilidad estando en situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida.

relaciones, o inexistencia de las mismas entre ambos progenitores, no puede ser motivo bastante para denegar la modalidad compartida».⁵¹

La cuestión es analizar si esta doctrina jurisprudencial tiene un sustento científico. Para ello debemos estudiar las aportaciones que otras disciplinas, no jurídicas, han realizado al intentar aportar criterios objetivos para decidir. Nos referimos principalmente a los estudios realizados en el ámbito de la psicología.

Afirma la prestigiosa profesora de psicología Linda Nielsen que deberíamos centrarnos menos en la cuestión de los conflictos de los padres y más en cómo fortalecer las relaciones de los niños con ambos padres. De hecho, señala que la existencia de parejas excepcionales es un puro mito y que por regla general el nivel de conflicto entre los padres es similar en los casos de custodia compartida y de custodia exclusiva de un solo progenitor. Considera que la excepción, por supuesto, sería cuando los niños necesitasen ser protegidos de presenciar conflictos físicos intensos o continuos o violencia entre sus padres. De hecho, ha analizado 60 estudios publicados con anterioridad a 2019 en los que mediante un meta-análisis se han evaluado los resultados obtenidos en niños en familias con y sin custodia compartida. Su análisis concluye que los niños que viven con cada uno de los padres al menos el 35% del tiempo suelen tener mejores resultados que los niños que viven principal o exclusivamente con un solo padre⁵². Concluye su artículo afirmando que los 60 estudios no están diciendo que estar inmerso en continuos conflictos entre los padres no tenga un impacto negativo en los niños. Lo que dicen los estudios es que, incluso cuando el conflicto es elevado -con la excepción de los conflictos con maltrato físico- la mayoría de los niños se benefician más de la custodia compartida que de la exclusiva por un solo progenitor. A la misma conclusión llega Edward Kruk en su trabajo «Arguments Against a Presumption of Shared Physical Custody in Family Law».⁵³ Por tanto, los estudios realizados hasta la fecha parecen indicar que un cierto nivel de tensión es compatible con la custodia compartida y que el límite estaría en los supuestos en los que mediase violencia doméstica o de

⁵¹ MARTINEZ SANCHIS, Nuria, “La incidencia de las malas relaciones entre los progenitores a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia compartida. Análisis de la reciente doctrina del Tribunal Supremo”. *Actualidad jurídica iberoamericana*, n^o9, 2018, (pp.402-417), p.415.

⁵² NIELSEN, Linda, “Joint versus Sole Physical Custody: Which is best for children?” *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Coord. Torres Perea, J.M.; Kruk, Edward y Ortiz-Tallo Margarita, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, pp. (40-50). p.42,48. También, NIELSEN Linda “Joint versus Sole Physical Custody: Outcomes for children in 60 studies independent of income and conflict”. *Journal of Child Custody*, 2018, 15, pp.35-54. Se trata de 60 estudios publicados en revistas académicas o en informes gubernamentales. 34 estudios encontraron que los niños bajo custodia compartida tenían mejores resultados en todas las medidas de bienestar conductual, emocional, físico y académico y en las relaciones con los padres y abuelos. En 14 estudios, los niños en custodia compartida tuvieron los mismos resultados en algunas medidas y mejores resultados en otras en comparación con los niños bajo la sola custodia de un padre. En 6 estudios, los niños en custodia compartida y en custodia exclusiva de un progenitor eran iguales en todas las medidas. En 6 estudios, los niños bajo custodia compartida fueron peores en una de las medidas que los niños con custodia exclusiva, pero iguales o mejores en todas las demás medidas. Dentro de los 19 estudios que incluyeron el conflicto de los padres, los niños que estaban en una custodia compartida tuvieron mejores resultados en todas las medidas en 9 estudios, resultados iguales o mejores en 5 estudios, resultados iguales en 2 estudios, y peores resultados en una medida pero resultados iguales o mejores en otras medidas en 3 estudios. Concluye que independientemente del conflicto con los padres, la custodia compartida está generalmente relacionada con mejores resultados para los niños.

⁵³ KRUK, Edward, “Arguments Against a Presumption of Shared Physical Custody in Family Law”, *Journal of Divorce & Remarriage*, April 2018, pp. 1-12, p.10. Published online: 3 April 2018.

género, si bien estos estudios deberán completarse con los resultados de los que se realicen en el futuro⁵⁴.

6.3. Tercera cuestión. Otorgar preferencia a la custodia compartida equivale a abrir una vía para que los maltratadores tengan acceso a la guarda de sus hijos poniéndolos en riesgo

Otro argumento que se ha esgrimido para negar la posibilidad de una presunción legal a favor de la custodia compartida es que dicha presunción disuadiría a las mujeres de presentar denuncias en caso de violencia de género⁵⁵. Es decir, que aplicar dicha presunción puede implicar un grave riesgo para el menor por verse constreñido a vivir en un entorno familiar inseguro⁵⁶.

Desde posiciones que defienden la igualdad de género, se afirma que se parte de una situación en la que existen desigualdades sistemáticas que exigen la toma de medidas por distintas instituciones sociales para contribuir a la mayor igualdad en el reparto del tiempo de cuidado de los niños. Se trata de posiciones feministas que afirman que debe rechazarse la custodia compartida cuando no medie acuerdo entre las partes, excluyendo por tanto cualquier iniciativa legislativa tendente a expandir la custodia compartida con independencia del grado de conflicto entre los padres. Estas posiciones afirman que otorgar preferencia a la custodia compartida equivale a abrir una vía para que los maltratadores tengan acceso a la guarda de sus hijos poniéndolos en riesgo⁵⁷.

En referencia a la violencia de género BODELÓN señala por un lado, que la víctima frecuentemente se ve obligada a llegar a acuerdos por creerlo necesario para el cese de la violencia, y por otro, que muchos maltratadores que no se habían hecho cargo de sus hijos anteriormente, procuran mostrarse como «los mejores padres» para obtener la custodia compartida, sin mediar interés real por cuidar a los hijos; sino por continuar ejerciendo el poder en la pareja utilizando la custodia compartida como medida de presión. Añade que en muchas ocasiones el divorcio no implica el fin de la violencia y que la custodia compartida refuerza los mecanismos básicos del

⁵⁴ Como señala MARÍN RULLÁN, Marta, “La influencia de las actitudes parentales sobre el bienestar del menor y la elección preferente de la custodia compartida: una disertación”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol.15, 2015, pp.73-89, p.87, es necesario seguir profundizando sobre cuáles son realmente los factores que favorecen el bienestar del menor, qué ayuda a un mejor entendimiento de la pareja a la hora de distribuir responsabilidades sobre la crianza y, principalmente, qué factores son determinantes para que se mantenga en el tiempo de forma satisfactoria para cada uno de ellos.

⁵⁵ DE SIMONE, Tracey, “The friendly parent provisions in Australian family law –How friendly will you need to be?” *Australian Journal of Family Law*, 22, 56-71; y KASPIEW, Rae; GRAY, Matthew; WESTON, Ruth; MOLONEY, Lawrie; HAND, Kelly; QU, Lixia, *Evaluation of the 2006 Family Law Reforms*, Melbourne, Australian Institute of Family Studies, 2009. Summary, p.12.

⁵⁶ Vease PARKINSON, Patrick “Shared Physical Custody: What Can We Learn From Australian Law Reform?”, *Journal of Divorce and Remarriage*, pp.401-413, pp.401-402, published online: 10 Apr. 2018. DOI: 10.1080/10502556.2018.1454197

⁵⁷ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina, y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales ¿Pacto de pareja? ¿Equidad de género?* Ed. Icaria Antrazyt, Ulzama 2020, p.43. Afirman que determinadas sentencias judiciales que han establecido un régimen de custodia compartida han sido muy perjudiciales, pues por dicho medio se ha permitido mantener el maltrato familiar a la ex pareja y a los hijos.

patriarcado permitiendo continuar ese control incluso en un escenario posdivorcio, por lo que la custodia compartida por defecto o impuesta (preferente) debería ser descartada.⁵⁸

Igualmente, se señala el riesgo de caer en subestimar las repercusiones de los menores a la exposición de la violencia paterna sobre la madre, aplicando la llamada «justicia patriarcal».⁵⁹ Se afirma que la violencia puede existir en la relación impulsando procesos de coerción enmascarados como pactos, así como que la custodia compartida impuesta no reconoce las fuertes desigualdades que se dan en las relaciones de pareja respecto al cuidado de los hijos, por lo que se construye un discurso falsamente igualitario, que entiende la igualdad como una igualdad normativa, desentendiendo la desigualdad de las relaciones de género y reproduciendo, por tanto, la desigualdad en un nuevo escenario⁶⁰.

Se trata esta de una cuestión sensible que se ha polarizado y politizado. De esta forma, tanto en el parlamento español, con ocasión del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013; como en los parlamentos autonómicos al debatirse las distintas propuestas para regular esta materia, se ha producido una confrontación entre posiciones antagónicas. Por un lado, los partidos de izquierda cercanos al feminismo, que defienden que la decisión sobre la custodia debe fundarse en la experiencia anterior de cuidado y ser evaluado caso por caso; y las posiciones de los partidos de derecha a favor de la custodia compartida igualitaria, medie o no acuerdo entre los progenitores. En resumen este debate parlamentario polarizado se centra en si debe darse un rol preferente o no a la custodia compartida⁶¹. El resultado final del mismo ha sido contrario a dar preferencia a la custodia compartida. Por un lado, el Anteproyecto de Ley de 2013 que quería trasladar al texto legal la presunción que el Tribunal Supremo había realizado a favor de la custodia compartida no prosperó. Por otro, si bien con distinto recorrido, tres de los cinco parlamentos autonómicos que han legislado en esta materia han llegado a posiciones neutras, pues si bien no consideran la custodia compartida como un supuesto excepcional en caso de falta de acuerdo, tal como hace el artículo 92.8 del Código Civil, tampoco le otorgan preferencia (Cataluña, País Vasco y Aragón). En el caso de Navarra se ha mantenido la excepcionalidad de la custodia compartida a falta de acuerdo. En Valencia, si bien en 2011 se aprobó una regulación que otorgaba preferencia a la custodia compartida, cuatro años después fue declarada inconstitucional. Finalmente, en el caso de Aragón, si bien la ley de 2010 otorgó preferencia a la custodia compartida, en 2019 se cambió de criterio en aras de una postura neutra, basada en la experiencia de cuidado previa a la ruptura y la evaluación del caso concreto.

⁵⁸ BODELÓN, Encarna, “La custodia compartida desde un análisis de género: estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares”, en Pícolt Novales, María Teresa; Almeda i Samaranch, Elisabet (coords.) *La custodia compartida a debate*. Ed. Dykinson, Madrid, 2010, 131-154, p.133.

⁵⁹ BAREA PAYUETA, Consuelo, *Los inconvenientes de la custodia compartida*, Ediciones CBP, Madrid, 2012, pp. 5 y ss.

⁶⁰ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia...* p.184.

⁶¹ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia...* p.47.

Esta evolución legal manifiesta una paradoja, pues en el ámbito judicial se sigue aplicando la doctrina que el Tribunal Supremo sentó en 2013 a favor de la custodia compartida⁶². Por tanto, si bien la vigente legislación española viene marcada por criterios que asumen posicionamientos feministas, defendidos principalmente por partidos de izquierdas; su aplicación por los tribunales se acerca a los criterios cercanos a determinadas asociaciones de padres, defendidos por los partidos de derechas. Este fenómeno es fiel reflejo de la situación que se está produciendo a nivel global, pues en otras zonas geográficas se están aprobando leyes a favor y en contra de otorgar preferencia a la custodia compartida y se están aplicando presunciones jurisprudenciales en el mismo sentido, tal como hemos señalado al inicio de este trabajo.

La violencia de género no puede ser estudiada solo con pautas jurídicas, pues puede quedar desenfocado el análisis. Por el contrario, se trata de una materia que exige de un estudio interdisciplinar en el que la psicología tiene un papel importante, precisamente desde la psicología se nos informa de que no se puede reducir todo a la igualdad de género, y que el interés del menor debe ser un elemento decisorio primordial. Lo cual obliga a buscar un punto de intersección entre ambos criterios, sin que uno pueda solapar o neutralizar al otro. Este ámbito de intersección debería venir marcado por unas garantías mínimas en uno y otro sentido. Negar la custodia compartida cuando no exista acuerdo entre los padres porque puede entrañar el riesgo de que el hijo acabe conviviendo con un maltratador, es tanto como negarle al menor el derecho a relacionarse de forma plena con sus dos progenitores tras la ruptura cuando uno de ellos se oponga a ello.

Se trata por tanto de la adopción de una medida de política legislativa que decida si la existencia de un solo caso de riesgo ha de impedir la posibilidad de legislar a favor de esta medida en general, en caso de desacuerdo entre los progenitores. Si este fuera el único criterio decisorio - igualdad de género- la respuesta sería contundente y unívocamente favorable a excluir la custodia compartida. Sin embargo, no debe preterirse el otro criterio decisorio concurrente, el interés del menor. Este otro criterio tiene tal fuerza y relevancia que no puede quedar anulado por una mera posibilidad de riesgo de violencia. Por el contrario, exige que el riesgo alcance una cierta relevancia.

Para encontrar un punto de encuentro entre estos dos criterios podemos considerar dos opciones. La primera, negar toda preferencia a la custodia compartida en aquellos casos acreditados en los que haya mediado violencia de género⁶³; la segunda, negarla tras la mera interposición de una

⁶² STS de 29 de abril de 2013, ponente José Antonio Seijas Quintana, (RJ 2013\3269).

⁶³ En esta línea la STS 29 de marzo de 2021. Ponente: Excmo. Sr. José Luis Seoane Spigelberg. (RJ 2021\1427) que casó las sentencias que había dictado la Audiencia Provincial de Cáceres otorgando la custodia compartida. Dice esta sentencia que en este caso “no nos encontramos ante un supuesto de meras desavenencias entre los progenitores con típicos desencuentros propios de su crisis matrimonial. Tampoco ante excesos verbales, en incidentes puntuales y aislados, que no afectan al interés superior de la menor de disfrutar de una custodia como la debatida en este proceso, sino ante un patrón de conducta prolongado en el tiempo, que constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del demandado sobre la actora, que trasciende al demérito de la misma delante de la hija común, con palabras directamente dirigidas a la menor sobre la valoración que su padre tiene de su madre, claramente vejatorias y manifiestamente dañinas para el ulterior desarrollo de la personalidad de la pequeña. El padre proyecta sobre la menor su problemática de pareja y un comportamiento constitutivo de violencia doméstica elevado a la condición de delito. Así resulta claramente de la declaración de hechos probados de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, que impone además al demandado una orden de alejamiento con respecto a la recurrente”. En la misma línea, la STS de 26 de mayo de 2016, ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas (RJ 2016\2292), que señala que «Partiendo de delito sometido a enjuiciamiento y de las

denuncia contra el progenitor por dicho motivo. Esta es la opción, si bien aplicada a la custodia por un progenitor, por la que optó el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en abril de 2014, al sentenciar que la mera denuncia de violencia de género fundamentada impide otorgar la custodia de los hijos al maltratador⁶⁴. Esta parece ser la línea que sigue el legislador español tras la reforma del artículo 94 CC por la ley 8/2021 que niega el derecho de visita tras la denuncia por violencia doméstica o de género⁶⁵.

Quizá sea éste un límite a considerar por el legislador a la hora de ponderar el interés del menor a tener una relación plena con sus dos progenitores tras la ruptura, si dicho legislador se planteara en lo sucesivo establecer una preferencia por la custodia compartida.

En palabras de Parkinson el matrimonio es disoluble, pero la paternidad no lo es, y en la mayoría de los casos, el interés superior del niño es que ambos padres participen en su vida⁶⁶. De esta forma, explicaba este autor la reforma de 2006 que introdujo en Australia una presunción de reparto equitativo de la responsabilidad parental en los casos que no impliquen violencia o abusos⁶⁷. Esta normativa establecía dos factores rectores principales: el «beneficio para el niño de tener una relación significativa con ambos padres “y” la necesidad de proteger al niño de daños físicos o psicológicos, de ser sometido o expuesto a abusos, negligencia o violencia familiar». En 2011 esta presunción fue superada y se estableció que, en caso de conflicto entre estos dos factores primarios rectores, la protección del niño contra los daños físicos o psicológicos debía tener un mayor peso que la relación significativa del niño con ambos padres.

Nos quedamos con el comentario de Parkinson quien considera que la reforma de 2006 y la modificación de 2011 enviaron mensajes de alto nivel al público en general en el sentido de que la responsabilidad parental debía ser compartida, a menos que hubiera mediado una historia de violencia familiar o abuso infantil. Considera que «la legislación contribuyó a una mayor conciencia y aceptación de los acuerdos de cuidado compartido como una opción viable y ‘normal’ para el cuidado de los hijos después de la separación». También considera que envió un mensaje para garantizar la implicación sustancial de ambos progenitores y, por último, que los tribunales deben actuar de forma protectora en casos de violencia familiar o de maltrato infantil,

actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente».

⁶⁴ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia...* p.44.

⁶⁵ Dice el art. 94 CC tras la reforma que «no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar. »

⁶⁶ PARKINSON, Patrick, *Family Law and the indissolubility of parenthood*. New York, NY: Cambridge University Press, 2011.

⁶⁷ Australian Family Law Amendment, -*Shared Parental Responsibility*- Act (2006).

casos en los que las partes no pueden actuar por sí mismas. Su opinión es que el sistema australiano de derecho de familia ha encontrado un equilibrio razonable, teniendo en cuenta los diferentes mensajes que la ley debía enviar a una «diversa gama de audiencias»⁶⁸. Como vemos, encontrar el punto de convergencia entre igualdad de género, riesgo de violencia e interés del menor puede ser extremadamente difícil.

7. Custodia compartida e igualdad de género

Una vez estudiadas las tres objeciones que tradicionalmente se esgrimen en contra de la admisibilidad de una presunción legal *iuris tantum* en favor de la custodia compartida, es el momento de reflexionar sobre un planteamiento distinto que se nos propone desde la teoría sociológica a la hora de estudiar este fenómeno. Se afirma que el interés superior del menor no puede ser el criterio decisorio a la hora de decidir sobre una custodia compartida por su indefinición. Por el contrario, se afirma que hay que construir una fórmula a partir de una piedra angular sólida que de forma objetiva nos permita evaluar si se cumplen o no los requisitos necesarios para la custodia compartida. Este punto de equilibrio sería la igualdad de género. Por tanto, la custodia compartida vendría condicionada por el hecho de mediar o no igualdad de género. Solo de esta forma se garantizaría que al sustanciarse la sentencia que establece una custodia compartida en un procedimiento, ésta diera lugar a un reparto equitativo de tareas⁶⁹. Lo contrario, es decir, el hecho de decidir a favor de una custodia compartida cuando no exista una real igualdad de género y no medie acuerdo entre las partes, daría lugar a un desequilibrio en el reparto de tareas y por tanto se trataría de una falsa situación de custodia compartida. En todo caso se afirma que esta igualdad exigiría de un previo pacto entre los progenitores: «...nuestra hipótesis principal es que únicamente cuando hay pacto entre los miembros de la expareja se puede garantizar un acuerdo de guarda compartida en condiciones de equidad».⁷⁰

Sin embargo, en el estudio de investigación empírica, el primero en España, realizado en 2014 sobre las sentencias dictadas en materia de custodia compartida por los tribunales de Barcelona por el equipo de los profesores SOLSONA, AJENJO, BRULLET y GÓMEZ-CASILLAS⁷¹, se comprobó que la prevalencia de la custodia compartida venía dada más que por la constancia de una determinada situación objetiva, por los criterios de los jueces respecto a la conveniencia de este tipo de custodia, criterios que resultaron ser muy dispares. Una de las conclusiones de este estudio fue que en los juzgados especializados, sitos en la ciudad de Barcelona (juzgados de familia), se obtenía una menor prevalencia de la custodia compartida que en los juzgados no especializados, sitos en otras áreas de la provincia de Barcelona⁷². Los autores citados concluyen que esta

⁶⁸ PARKINSON, Patrick, in “Shared Physical...” p. 412.

⁶⁹ SOLSONA PAIRÓ, Montse, Ponencia en la “Jornada sobre la Custodia Compartida y la implicación paterna en el cuidado de los hijos”, que se celebró en el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga el 21 de junio de 2021.

⁷⁰ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales...* p.85. En el estudio realizado constataron que la distribución de las pernoctas en la custodia compartida acordada era casi del 50/50, p. 125.

⁷¹ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS Amalia, *La custodia compartida en los tribunales...* pp. 75 y ss., en especial p.104.

⁷² SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales...* pp. 75 y ss., en especial pp.107-118. Otros datos del estudio fueron que la franja de edad en la que la custodia compartida es más frecuente gira en torno a los 6-12 años del menor; que la guarda compartida es más frecuente cuando son dos niños, quizá, dicen, porque implica una trayectoria parental más

diversidad de criterios judiciales es determinante al evaluar la adecuación y pertinencia de las custodias compartidas. Consideran en primer lugar, que la custodia compartida pactada con igualdad de tiempo entre los padres, en términos de tiempo y responsabilidades financieras es un paradigma emergente, que, si bien no supone una garantía de equidad por la situación desigual de hombres y mujeres en el mercado laboral, sin embargo, es un progreso para la igualdad de género en relación a la custodia exclusiva de la madre. En las conclusiones llegan más lejos y hacen equivaler la custodia compartida pactada a una equidad entre padre y madre. Sin embargo, en segundo lugar, afirman que no puede considerarse como progreso la custodia compartida decidida por el juez en un procedimiento contencioso, debido a las desigualdades de género en tiempo de cuidado de los hijos y en el importe de las pensiones⁷³. Por tanto, evalúan negativamente esta opción judicial que consideran que responde a otras necesidades como la salud del hijo o de uno de los progenitores, precariedad, etcétera, y no a razones de equidad que no sería posible alcanzar por vía contenciosa⁷⁴.

Para evaluar el alcance de esta desigualdad de género basta con observar el último informe mundial de salarios (2020/21) de la OIT, según el cual el impacto de la Covid ha supuesto una pérdida salarial porcentual para las mujeres en España del 14,9, mientras que para los hombres lo ha sido del 11,3.⁷⁵ Según el informe el impacto de la crisis ha golpeado desproporcionadamente a las mujeres: «lo que podría aumentar las diferencias entre hombres y mujeres en el mercado laboral y, posiblemente, acabar con los progresos realizados en los últimos años». De hecho, afirma que «las mujeres están sobrerrepresentadas entre los asalariados mínimos y submínimos». Téngase en cuenta que se partía de una brecha salarial de género que en el informe anterior (2018/2019) se había evaluado en el caso de España para el salario por horas en un 14,9%, que por regla general ganan menos las mujeres que los hombres⁷⁶; que alcanza el 23,2% si se atiende a los ingresos mensuales. No sin razón se ha afirmado que la lucha de géneros es el drama central de nuestro tiempo⁷⁷.

dilatada que cuando media un solo menor; que la situación económica es determinante pues la custodia compartida alcanza una prevalencia del 42% en rentas altas y se reduce al 24% en rentas bajas; que, sorprendentemente, tanto en el supuesto de las custodias compartidas pactadas como contenciosas es bastante más alto el porcentaje en las parejas casadas que en las parejas de hecho, quizá sea – afirman – porque se da un mayor porcentaje de estas últimas en las clases sociales más bajas, y porque puedan resolver sus controversias al margen de los tribunales.

⁷³ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales...* p. 146. Sin embargo, también afirman que si dejamos a un lado los casos en que el padre es declarado en rebeldía judicial, el estudio realizado refleja que las diferencias de género en tiempos de cuidado y pensiones de alimentos entre los procedimientos de mutuo acuerdo y los contenciosos se desvanecen (pp.168 y 172).

En el mismo sentido, LATHROP GÓMEZ, Fabiola, en *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008, p.566, pues llega a la conclusión de que debe rechazarse la custodia compartida como régimen supletorio, exigiendo el acuerdo de los padres como requisito indispensable para que pueda darse la custodia compartida.

⁷⁴ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales...* pp. 172 y 187.

⁷⁵ Vid. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_762534.pdf, pp. 27, 46, 69.

⁷⁶ Vid. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_712957.pdf p.51

⁷⁷ BECK, Ulrich y BECK-GERNSHEIM, Elizabeth, *El normal caos del amor. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001, p.91.

Desde estos planteamientos se afirma que el hecho de la desigualdad del porcentaje de custodia compartidas entre distintas regiones españolas no es una consecuencia de las políticas legislativas desarrolladas en uno y otro territorio, sino un reflejo del nivel de la desigualdad de género existente en ese territorio. Es decir, si se parte de una situación en la que de forma mayoritaria solo uno de los cónyuges accede al mercado laboral, esta marcada desigualdad de género determinará un bajo porcentaje de custodias compartidas. A mayor abundamiento se señala que, por ejemplo, se podría afirmar que la legislación catalana a favor de la coparentalidad antes y después del divorcio es decisiva... «pero la estructura social obliga».⁷⁸ Por tanto, la igualdad de género determinaría el acuerdo de mantener un reparto de tiempos en el cuidado de los hijos que ya existiría antes de la ruptura.

Si bien este nuevo planteamiento enriquece el debate, creemos que podría fallar en una de sus premisas. Nos referimos al hecho de negar valor al interés superior del menor como criterio determinante a la hora de decidir sobre la custodia del niño. La igualdad de género no debería ser un criterio sustitutivo, sino más bien un criterio coadyuvante que ayudara a entender los resultados que las estadísticas aportan. Además, es un criterio de difícil aplicación en el caso de parejas del mismo sexo. Ahora bien, esta realidad no creemos que esté reñida con la aplicación del principio del interés del menor. Una cuestión es explicar por qué el porcentaje de custodias compartidas es mayor o menor, y otra distinta es determinar el criterio decisorio a la hora de fijar qué tipo de custodia debe aplicarse en un caso concreto. Además, si bien la igualdad de género es un elemento importante que influye directamente en la adopción de la custodia compartida, el interés superior del menor también lo es. Por tanto, no procede ni excluir, ni sustituir, sino sumar.

En esta línea, puede considerarse que es cierto que en ocasiones se dictan sentencias a favor de la custodia compartida cuando no existe una previa igualdad de género. Podría esgrimirse que en tal supuesto se da una falsa custodia compartida, pues por mucho que oficialmente aparezca declarada por el juez, no se corresponde con la realidad subyacente. Sin embargo, hay dos cuestiones que no debemos obviar. La primera es que la aplicación del interés superior del menor no puede quedar excluida por el hecho de que no medie una efectiva igualdad de género entre los padres. De hecho, dicha igualdad de género es muy difícil de alcanzar, y si fuera un elemento condicionante, en la mayoría de los casos quedaría preterido el interés del menor a poder disfrutar del tiempo de sus padres por partes iguales. Por el contrario, pensamos que es factible que, aunque no medie una igualdad de género, el interés del menor sea mantener una relación lo más extensa posible con sus dos progenitores, y es obligación de los progenitores supeditar sus propios intereses a los del menor.

La segunda cuestión es que partimos de una situación de discriminación estructural de la mujer, que se ha visto históricamente obligada a hacerse cargo de la custodia exclusiva del hijo, lo cual encarna en las relaciones familiares la estructura de la desigualdad de género en diversas dimensiones. Esta situación le implica a la madre la necesidad de hacer auténticos equilibrios para compaginar su vida laboral con el cuidado de sus hijos y su desarrollo personal⁷⁹. Debe

⁷⁸ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales...* p. 180.

⁷⁹ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales...* p. 177.

tenerse en consideración que en muchas ocasiones esta custodia exclusiva no es fruto de una decisión voluntaria, sino de un padre ausente, que puede haber sido declarado en rebeldía en el juicio. Pero, por otro lado, esta discriminación estructural de la mujer en el ámbito de la custodia del menor viene pareja a una discriminación estructural del padre, que de forma tradicional se ha visto excluido, por parte de la sociedad, a la hora de intervenir en la educación de sus hijos, o en su caso de limitar dicha intervención considerablemente. Por tanto, es razonable que a la hora de diseñar la política legislativa se opte por medidas que traten de paliar esta realidad⁸⁰. Es cierto que la Ley, por sí sola, resulta ineficaz para modificar situaciones estructurales, salvo que se opte por medidas drásticas, por ejemplo, la discriminación positiva. Por otro lado, desde la propia sociología se afirma que una perspectiva de género obliga a superar los patrones sexistas en todos los órdenes y evitar que se premie a un progenitor sobre otro con el cuidado de los hijos comunes por el mero hecho de tener un determinado género⁸¹. De hecho, se afirma que «cuando las mujeres salen de la esfera privada del hogar a la esfera pública del mercado laboral, la familia experimenta profundas transformaciones, no sólo en su estructura material, también a nivel económico, afectivo, emocional, sexual... haciendo emerger la reivindicación de la corresponsabilidad»⁸².

Pues bien, en el punto de partida que observamos en nuestra sociedad en la que tradicionalmente los padres han sido socialmente excluidos de intervenir en la educación de sus hijos y las madres han sido obligadas a hacerlo en exclusiva, quizá pueda ser razonable actuar legislativamente para revertir esta situación. Una forma efectiva de hacerlo es con medidas de discriminación positiva, y una de ellas podría ser establecer como punto de partida una presunción *iuris tantum* a favor de la custodia compartida, pues la misma cultiva el principio de igualdad entre los cónyuges⁸³. Es decir, no se trata tanto de que la realidad condicione la aplicación de la ley, sino de encontrar la medida legislativa adecuada para que la sociedad avance en la dirección que nos marque la medida que debería ser más acorde con el interés del menor conforme a los estudios psicológicos. Y una medida factible en esta línea sería esta presunción.

La situación actual es en muchas ocasiones injusta, es por ello que las medidas legislativas neutras puedan no ser suficientes para reconducirla. Partimos de una realidad social que históricamente ha discriminado al padre del cuidado de los hijos, si bien en realidad se ha tratado de una discriminación de la madre, que se ha visto obligada a cargar con el cuidado de la prole de forma exclusiva⁸⁴. Por tanto, cuando luchamos contra una discriminación (la paterna) también

⁸⁰ ORTIZ-TALLO ALARCÓN, Margarita, en la “Jornada sobre la Custodia Compartida y la implicación paterna en el cuidado de los hijos”, que se celebró en el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga el 21 de junio de 2021.

⁸¹ ALTAVA LAVALL, Manuel-Guillermo, prólogo a *La custodia compartida en España*, coord. Diego Becerril y Mar Venegas, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pp.25-43, p.16.

⁸² VENEGAS, Mar y LOZANO MARTÍN, Antonio, “Cambio social y cambio en los modelos de familia: Trabajar por la igualdad”, en *La custodia compartida en España*, Coord. Diego Becerril y Mar Venegas, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, p.42

⁸³ IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa, *La custodia...* p.119. También ALBA FERRÉ, Esther, “Los problemas de la conciliación de la vida familiar y laboral en la concesión de la custodia compartida”, *Actualidad jurídica Iberoamericana*, n°12, pp.220-245.

⁸⁴ La conciliación real para favorecer la vida familiar y laboral de las mujeres trabajadoras exige de este tipo de medidas. De hecho, durante la pandemia en España muchas mujeres se han visto obligadas a renunciar a la actividad laboral, ya sea total o parcialmente, para dedicarse al cuidado de los hijos. Esta falta de conciliación real, implica penalizaciones en salarios y puede repercutir en la disminución de la natalidad. En todo caso resulta por

luchamos contra la otra (la materna). Puede ilustrarnos la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de enero de 2018, referida anteriormente, en la cual se impuso una custodia compartida en unas circunstancias totalmente adversas para la madre⁸⁵. No obstante, mi opinión en este caso es contraria a dicha decisión judicial pues ordenar que el menor conviva con una persona que no le tiene afecto ni quiere relacionarse con él no le puede ser beneficioso y además puede resultar ser una orden infructuosa si existe una verdadera animadversión a su cumplimiento por parte del progenitor.

En esta línea, la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 2079 (2015) sobre igualdad y corresponsabilidad pide a los Estados miembros (5.5) introducir en su legislación el principio de alternancia de custodia de los hijos después de una separación, y limitar las excepciones a los casos de abuso o negligencia de un niño, o la violencia doméstica y ajustar el tiempo de residencia de acuerdo a las necesidades e intereses de los niños. Esta posición a favor de la custodia compartida la estima necesaria por considerar que: «el desarrollo de la corresponsabilidad de los padres ayuda a superar los estereotipos de género sobre presuntos roles asignados a la mujer y al hombre en la familia y, simplemente refleja el desarrollo sociológico producido a lo largo del último medio siglo, en la organización de la esfera privada y familiar». Por lo que considera la custodia compartida como una herramienta útil para luchar contra la desigualdad de género⁸⁶.

todo ello justificado adoptar medidas legislativas que intenten paliar esta discriminación estructural tan extendida en nuestra sociedad.

No debemos olvidar que el artículo 18 de la Convención de los derechos del niño dice que: “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por crear instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”. Finalmente, igualmente debemos tener presente que el artículo 24 de la Declaración de los Derechos Humanos recoge el derecho de toda persona al tiempo libre y descanso, lo cual es incompatible con situaciones en las que la madre se ve obligada a conllevar el trabajo fuera de casa con el cuidado exclusivo de sus hijos, mientras que el padre pretende desvincularse de ellos.

Ver: <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/doc564f3cef97f57-ConvencionDerechosNinos.pdf>; <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

⁸⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de enero de 2018, ponente: Miguel Ángel Navarro Robles, (JUR\201846596). En este caso, el padre era funcionario público y sólo trabajaba por las mañanas, y la madre era enfermera, que trabajaba en el servicio de ambulancias de emergencias sanitarias públicas, en régimen de turnos. Tenían dos hijos, uno de ellos autista. Durante el procedimiento de divorcio se produjeron distintas circunstancias que determinaron el cambio de las peticiones de las partes. La petición final que se hizo ante la Audiencia por la madre fue que se impusiera la custodia compartida al padre, pues a ella le era imposible compaginar su vida familiar y laboral al encontrarse sola y sin ninguna ayuda disponible. Por su parte, el padre se negaba tanto a la custodia compartida como a la exclusiva de los niños, especialmente tras una trifulca que tuvo con su hijo autista. Finalmente, la sentencia fue en el sentido de imponer la custodia compartida a pesar de la negativa del padre a toda pernocta del menor en su casa. Esta sentencia ha alcanzado repercusión mediática y ha sido muy debatida. Lo cierto es que el seguimiento que se ha hecho de los niños por el tribunal ha sido muy positivo, y de hecho finalmente el padre se ha involucrado plenamente en el cuidado de sus hijos.

Caso parecido fue el resuelto por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Leganés, sentencia 55/2019, de 11 de julio de 2019, proc. 497/2018, ponente Ignacio Santiago Candal Jarrín, (nº sentencia 55/2019). Publicada en *Diario La Ley*, nº9489, Sección de Jurisprudencia, 2 de octubre de 2019, Wolters Kluwer.

⁸⁶ Vid. Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 2079 (2015) sobre igualdad y corresponsabilidad en <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=22220&lang=fr> y <https://es.slideshare.net/kidetz1/resolucin-del-consejo-de-europa-2079>.

No obstante, en el momento actual se echa de menos más información sociológica y demográfica sobre los efectos de las leyes y las decisiones judiciales lo cual provoca que en muchas ocasiones «se vaya a ciegas» como ha denunciado parte de la doctrina⁸⁷. Estos estudios nos serían de gran valor para poder evaluar el impacto social real de las medidas legislativas y judiciales que se están adoptando.

Se debe buscar el equilibrio y ponderación entre los distintos factores que confluyen al decidir sobre la custodia de los menores, de esta forma consideramos que interés del menor e igualdad de género son dos factores que deben sumar y complementarse, y que defender uno de ellos no puede implicar excluir el otro. El juez debe lograr este equilibrio tomando en consideración cuál ha sido la distribución de las tareas de cuidado del menor antes de la ruptura, si ambos progenitores han colaborado de forma razonablemente equilibrada en la crianza de su hijo, esa distribución de tareas deber ser un indicador de que se está actuando con criterios de igualdad de género. Por tanto, aunque la ruptura posterior no fuera consensuada, el interés superior del menor exige aceptar dicha práctica previa como un indicio a favor de la custodia compartida del menor. Además, podría darse otra hipótesis a considerar, se trata del caso en el que no se hubiese alcanzado previamente dicho nivel de equilibrio en la distribución de las tareas, pero el padre hubiera estado presente y hubiera quedado acreditada su actitud colaborativa a la distribución equitativa del cuidado del menor, por ejemplo, mediante el informe del especialista (psicólogo forense, preferiblemente). En tal caso, el juez puede considerar que la custodia compartida es lo mejor para el menor al garantizar su máximo acceso a sus dos padres. En este supuesto no creemos que la falta de acuerdo en la ruptura sea suficiente para neutralizar la aplicación del interés superior del menor observado por el juez y negar la custodia compartida. En todo caso, si en la práctica estas medidas no prosperan, pueden ser modificadas. En realidad la custodia compartida no se puede configurar como cuestión de ideología, sino como cuestión de cariño hacia los hijos⁸⁸.

De esta forma, la igualdad de género debe funcionar como un límite a la hora de ponderar el interés del menor, pues si resulta evidente que uno de los progenitores ni presenta una trayectoria previa de colaboración equitativa en las tareas de cuidado de sus hijos, ni queda acreditado por informes de especialistas que su actitud es favorable a asumir dicha distribución tras la ruptura, no debería imponerse una custodia compartida.

Por otro lado, este debate hace revivir una larga polémica que nunca ha dejado de estar presente. Nos referimos a la interpretación que puede hacerse del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas como «la» única consideración primordial, o «una» consideración primordial que coexistiría con «otras» consideraciones primordiales, en concreto en este caso, la igualdad de género⁸⁹.

⁸⁷ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales...* Esta ceguera no es solo respecto a la evolución posterior a la decisión sobre la custodia, sino también sobre las circunstancias en la que esta es decidida: “De modo que no es posible – a día de hoy – hacer un análisis exhaustivo de la custodia compartida, teniendo en cuenta las características económicas, laborales o educativas de los progenitores por inexistencia de datos.” pp.77 y 94.

⁸⁸ ALTAVA LAVALL, Manuel-Guillermo, ob. cit. p.18.

⁸⁹ Nos hemos referido a esta cuestión en la primera parte de este artículo, también puede consultarse: DE TORRES PEREA, José Manuel, “Best Interest of the Child: “a” or “the” Primary Consideration?” *The Routledge International*

Nos referimos ahora a la otra cuestión planteada desde la teoría sociológica, según la cual la ley no es una herramienta útil para modificar la realidad social, y que la alteración del porcentaje de la custodia compartida no se debería a la actuación legislativa sino a la realidad social. En concreto afirman: «Hasta donde llega nuestro conocimiento, ninguna comunidad autónoma ni ningún país que ha legislado a favor de la custodia compartida en equidad por defecto ha conseguido que dicha modalidad fuera la mayoritaria en las sentencias, ni en las prácticas judiciales, ni en las prácticas reales de coparentabilidad en la ruptura»⁹⁰. Creemos que dichas afirmaciones deben ser matizadas. De nuevo, no creemos que estemos ante factores excluyentes, sino concurrentes, el impulso legislativo y la realidad social coexisten e influyen en el devenir de los comportamientos sociales. Otros sociólogos como Becerril y Jiménez Cabello llegan justo a la conclusión contraria. De hecho, en su estudio concluyen que la existencia de un sistema jurídico que favorezca de alguna manera la concesión de la custodia compartida aumenta su presencia⁹¹. Además, esta conclusión afirman que coincide con varias investigaciones internacionales⁹².

Nos queda por analizar un punto central del planteamiento sociológico que estamos comentando, pues como ya hemos visto se llega a cuestionar que el interés del menor sea el factor decisorio en materia de custodia. Se afirma que la falta de precisión e indeterminación propias del interés del menor impiden que se pueda considerar como criterio decisorio fiable por la discrecionalidad e incluso arbitrariedad a la que podría dar lugar⁹³. A partir de aquí se afirma que la igualdad de género sí es un factor objetivo que permite evaluar cuando se dan las circunstancias para que una custodia compartida sea viable.

Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child, Coord. Torres Perea, J.M.; Kruk, Edward y Ortiz-Tallo, Margarita, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, pp. 51-62.

⁹⁰ SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales...* p.180.

⁹¹ BECERRIL RUÍZ, Diego y JIMÉNEZ-CABELLO, José “Legislation and Family: Divorce and Granting of Custody”, *The Routledge International Handbook on shared parenting and best interest of the child*, Coord. Torres Perea, José Manuel; Kruk, Edward y Ortiz-Tallo, Margarita, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, (pp.157-169), p.167. También JIMÉNEZ-CABELLO, José Manuel, BECERRIL RUIZ, Diego y GARCÍA-MORENO, José M., “La relación entre reformas legales y la asignación de custodia compartida en España (2007-2017)”, *Revista española de ciencia política*, nº 53, 2002, (pp.119-142), pp.137-139.

⁹² ALLEN Douglas W. y BRINIG, Margaret, “Do joint parenting laws make any difference?” *Journal of empirical legal studies* 2011; 8: 304-324; ATTENEDER, Christine, HALLA, Martin, “Bargaining at divorce: The allocation of custody”. *IZA Discussion Paper* 2007; 2544, pp.1-31; y BÖHEIM, René, FRANCESCONI, Marco, HALLA, Martin, “Does custody law affect family behavior in and out of marriage?”, *IZA Discussion Paper* 2002; 7064, pp.1-37.

⁹³ De hecho, en el estudio sobre las sentencias dictadas en materia de custodia compartida realizado por SOLSONA PAIRÓ, Montse; AJENJO COSP, Marc; BRULLET TENAS, Cristina y GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia...* p.104, se afirma que la prevalencia de la custodia compartida venía dada más que por la constancia de una determinada situación objetiva, por los criterios de los jueces respecto a la conveniencia de este tipo de custodia, criterios que resultaron ser muy dispares. De hecho, se recogieron dichos criterios en las conversaciones que se tuvieron con los jueces en el trabajo de campo realizado, y al respecto afirman los autores del estudio: «En unos casos se consideraba poco indicada para los menores de seis años la custodia compartida. En otros, al contrario, el principio imperativo de repartir la responsabilidad de cuidado entre ambos progenitores aconsejaba otorgar la custodia compartida a cualquier edad. En otros, el juez/a opinaba que en general el cuidado de menores no era el motivo de la discusión entre los miembros de la pareja, sino que las dificultades para el consenso provenían de cuestiones económicas... Un último ejemplo que corrobora la gran disparidad de criterios entre los jueces y juezas de Barcelona es la consideración por parte de un juez de que la propia ley española de 2005, también conocida como “divorcio exprés” es poco menos que una barbaridad...»

Esta crítica debe matizarse, si bien el interés del menor presenta una formulación abierta, su aplicación al caso concreto debe ser precisa. De hecho la reforma de 2015 ha aportado una pautas claras y útiles al determinar el interés del menor, se trata de criterios que vienen a coincidir con los que ya en su día señaló el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de octubre de 2009⁹⁴. Estos criterios han de ser aplicados por el juez en cada caso, de forma que debe justificar su valoración del interés del menor en los mismos de forma detallada⁹⁵. Además, dicha valoración del juez deberá estar fundada en el informe de los expertos que hayan evaluado al menor y sus padres, ya sea psicólogo forense, de parte u otro especialista. Esta aplicación de la ley debe realizarse teniendo en cuenta que en última instancia el interés del menor viene dado por su integridad moral y las medidas que beneficien su estabilidad emocional. En el caso de que el juez no hubiera tomado su decisión siguiendo estas pautas, probablemente no habría fundado su decisión en el interés del menor, sino que simplemente se hubiera limitado a mencionarlo y podría recurrirse la decisión. En todo caso el hecho de que medie una situación de igualdad de género tampoco es una garantía de que la custodia compartida sea deseable, pues el menor podría caer en manos de personas que ni lo quieren cuidar, ni tienen ningún afecto por él.

8. Conclusión

La situación actual de la custodia compartida se caracteriza por una bipolarización a nivel global causada por dos posiciones enfrentadas que están condicionando la actividad jurídica y política. Las dos cuestiones que se discuten son: por un lado, si la custodia compartida debe ser consecuencia de una previa situación de igualdad de género, siendo este el verdadero factor a considerar, o si por el contrario el factor prioritario debe ser el interés superior del menor, por lo que podría darse la custodia compartida aun no mediando dicha situación de igualdad de género. Por otro lado, se discute si el legislador debería establecer una presunción iuris tantum a favor de la custodia compartida como punto de partida siempre que no mediase violencia; o si dicha opción debería ser absolutamente proscrita por el riesgo que genera.

Empezando por la segunda cuestión, en este artículo se han tratado las tres objeciones que generalmente se esgrimen para negar preferencia a la custodia compartida. Respecto a las dos primeras creemos que no son obstáculos insuperables. Por un lado, el hecho de que el interés del menor sea la consideración primordial a considerar no es incompatible con una presunción iuris tantum a favor de la custodia compartida, pues dicha presunción se limita a aportar un punto de partida. Aquí nos parece acertada la posición del TEDH al señalar que lo que no permite el interés del menor es que legalmente se establezca de forma automática un determinado régimen de custodia, sin ir más allá. Respecto a la segunda objeción, según la cual la custodia compartida es incompatible con aquella situación en la que no medie armonía entre los cónyuges, consideramos que ya se ha realizado un suficiente número de estudios para sacar conclusiones.

⁹⁴ STS de 8 de octubre de 2009, Ponente Encarna Roca i Trias, (RJ 2009\4606).

⁹⁵ Se trata de los criterios generales recogidos en el artículo 2.2 y los elementos generales de ponderación del artículo 2.3 de la Ley 1/1996 Orgánica de Protección Jurídica del menor de 15 de enero de 1996, introducidos por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. La aplicación de estos criterios al caso específico permite concretar el interés del menor. El juez en su sentencia debería motivar su valoración del interés del menor en el análisis detallado y pormenorizado de estos criterios, conforme a los informes realizados por los especialistas. El problema que aún hoy nos encontramos es que en muchas ocasiones, este escrutinio detallado no se realiza en sede judicial.

En este punto nos remitimos a dichos estudios y al criterio de los especialistas, pues se trata de una materia que excede el ámbito jurídico. Tal como se ha reflejado, dichos estudios afirman que el hecho de que existan tensiones entre los padres tras su separación no debe ser óbice para rechazar la custodia compartida, pues el interés del menor es compatible con cierto grado de tensión, cuando se considera que el bien del niño es mantener el más amplio contacto posible con sus dos progenitores en todo momento, antes y después de la ruptura. Además, exigir armonía para permitir la custodia compartida puede implicar desconocer la realidad, pues toda ruptura causa presiones que condicionan la vida de los excónyuges.

Sin embargo, no hemos llegado a una conclusión con respecto a la tercera objeción por carecerse de datos contrastados suficientes para evaluar el alcance del supuesto. Se afirma que otorgar preferencia a la custodia compartida equivale a abrir una vía para que los maltratadores tengan acceso a la guarda de sus hijos poniéndolos en riesgo. Evidentemente, no se trata de una cuestión jurídica, por lo que no puede ser evaluada con criterios jurídicos. En este punto se trata de establecer cuál es el margen de riesgo que el sistema puede soportar a la hora de encontrar un equilibrio entre el interés del menor y la posibilidad de violencia. Podría plantearse que el hecho de existir un único caso de violencia de género entre cientos de miles debería ser suficiente para negar toda posible prioridad a la custodia compartida. Si bien aplicando el criterio hermenéutico de ponderación de la equidad (art.3 CC) parece que esta no sería una opción muy equilibrada teniendo en cuenta el contrapeso de la balanza, es decir, el interés superior del menor. Igualmente podría afirmarse que la mera interposición de una denuncia debería ser suficiente para negar este tipo de custodia, lo cual podría también ser poco equilibrado. Ahora bien, para determinar cuál sería el porcentaje de riesgo que se debería admitir, el legislador debería de disponer de estudios sociológicos y demográficos de los que carecemos. Se debe profundizar en una línea de investigación que hasta la fecha ha estado preterida, esto es en el seguimiento de la situación de los niños tras la decisión judicial sobre su custodia. Solo de esta forma podríamos tener cifras certeras y podríamos evaluar el nivel del riesgo real que tratamos. Intentar establecer un criterio sin disponer de esta información equivale a verter una mera opinión sin trascendencia científica. Lo cierto es que tanto el interés superior del menor, como la protección de la mujer de todo tipo de violencia son dos principios básicos de nuestro ordenamiento que no debemos enfrentar, sino coordinar. Por todo ello, consideramos que a día de hoy esta objeción se mantiene, pero ante la pregunta de si esto implica que la presunción debe limitar su ámbito de aplicación a los supuestos en los que no haya mediado violencia ni denuncia de violencia, o si directamente debería suprimirse, tampoco encontramos respuestas certeras. Simplemente es una cuestión que queda abierta, pendiente de investigaciones futuras. Actualmente podemos argumentar válidamente tanto en el sentido de considerar que, sin mediar violencia acreditada o violencia denunciada, debería aplicarse la presunción, como en sentido contrario.

En todo caso, concluimos que el artículo 92.8 del Código Civil debe ser modificado para erradicar la expresión «excepcionalmente» de su texto, ya que la custodia compartida no puede considerarse legalmente como una medida excepcional a falta de acuerdo entre los padres. Si bien puede discutirse su carácter preferente, lo que no se puede negar es que, de no preverse una presunción en la Ley, la única alternativa legal viable es tratar en pie de igualdad la custodia compartida y la custodia exclusiva. No obstante, mi opinión es que se debería introducir una presunción legal *iuris tantum* a favor del interés del menor exceptuando el supuesto de violencia. Se trataría de un simple punto de partida que no impediría el análisis detallado del caso y la aplicación de los criterios legales previstos para valorar el interés del menor. No obstante este punto de partida sería necesario para ser coherentes y adecuar la ley a la Convención de los

derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 que en su artículo 9 de forma clara dice que el menor debe vivir con sus padres de los que solo puede ser separado excepcionalmente y que en caso de separación los Estados parte deben respetar el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular; añadiendo en el artículo 18 que incumbe a ambos padres la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño y que su preocupación fundamental será el interés superior del niño⁹⁶.

Entrando ya en el segundo tema objeto de estudio, si la custodia compartida debe ser consecuencia de una situación previa de igualdad de género, siendo este el verdadero factor a considerar, o si por el contrario el factor prioritario debe ser el interés superior del menor, por lo que podría darse la custodia compartida aun no mediando dicha situación de igualdad de género, cabe decir que de nuevo nos vemos faltos de datos que permitan sacar conclusiones claras y esta falta de datos nos puede obligar a ir a ciegas. Si tuviéramos datos suficientes, aportados por estudios sociológicos y demográficos, sobre la evolución de las custodias tras la decisión judicial, podríamos comprobar si los resultados alcanzados se corresponden con los augurados en los textos doctrinales sociológicos que hemos analizado. Pero sin dichos estudios puede resultar arriesgado afirmar que la custodia compartida solo puede darse cuando medie una igualdad de género manifestada por el acuerdo entre los padres. En estas circunstancias parece más sensato seguir los criterios que centran esta materia en el interés del menor y no en la igualdad de género. Por tanto, a día de hoy parece más razonable mantener las posiciones ya consolidadas. El interés del menor, tanto desde el punto de vista del Derecho como de la Psicología, ha sido, es y seguirá siendo un factor esencial y clave para decidir sobre la custodia del menor. La alegada falta de concreción y precisión del interés del menor no es argumento para negar su impacto, de hecho, la reforma de 2015 ha aportado unos criterios muy útiles para su determinación, el problema es que los jueces en muchas ocasiones no los aplican. La igualdad de género aporta un enfoque alternativo sobre la custodia compartida que ha llegado para quedarse, enfoque que obliga a realizar un trabajo de estudio sociológico y demográfico ingente, pues está casi todo por hacer. Encontrar un equilibrio entre estos dos factores, que ayude a sumar y no sea excluyente, es la

⁹⁶ De hecho, en el artículo 18 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas se refiere la obligación de los Estados Partes a poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Reiterando que “Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”

Por su parte el artículo 11.2.b de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/96 prevé para el caso de separación del menor de sus padres, que deberá vivir preferencialmente con una familia, lo cual implicará normalmente vivir con dos referentes paternos. Esta preferencia legal por la familia, viene a funcionar como una segunda presunción a favor de la convivencia del menor con sus dos referentes paternos.

tarea pendiente⁹⁷. En todo caso, un cauce para navegar hacia dicho objetivo debe ser el fomento del llamado derecho colaborativo, basado en los principios de la mediación⁹⁸.

9. Bibliografía

ALBA FERRÉ, Esther, “Los problemas de la conciliación de la vida familiar y laboral en la concesión de la custodia compartida”, *Actualidad jurídica Iberoamericana*, nº12, 2020, pp. 220-245.

W. ALLEN, Douglas/BRINIG, Margaret, “Do joint parenting laws make any difference?” *Journal of empirical legal studies*; n.8, 2011, 304-324.

ALTAVA LAVALL, Manuel-Guillermo, prólogo a *La custodia compartida en España*, coord. BECERRIL, Diego/VENEGAS, Mar, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pp.13-18.

ATTENEDER, Christine/HALLA, Martin, “Bargaining at divorce: The allocation of custody”. *IZA Discussion Paper*; 2544, 2007, pp. 1-31.

BAINHAM, Andrew/GILMORE, Stephen, “The English children and families Act 2014”, 46 *VUWLR*, pp. 627-648, 2015, p.633.

BAREA PAYUETA, Consuelo, *Los inconvenientes de la custodia compartida*, Ediciones CBP, Madrid, 2012.

BECERRIL RUÍZ, Diego/JIMÉNEZ-CABELLO, José, “Legislation and Family: divorce and granting of custody”, en TORRES PEREA, José Manuel/KRUK, Edward/ORTIZ-TALLO, Margarita (coords.), *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, pp.157-169.

BECK, Ulrich/BECK-GERNSHEIM, Elizabeth, *El normal caos del amor. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, Ed. Paidós, Barcelona, 2001.

BEYERLEIN, Peter, “Informational physiology of individual development”, *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, en TORRES PEREA, José Manuel/KRUK, Edward/ORTIZ-TALLO, Margarita (coords.), *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, pp.129-141.

Encarna BODELÓN, “La custodia compartida desde un análisis de género: estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares”, en PICONTO NOVALES, María

⁹⁷ Igualmente, en el futuro deberá atenderse a nuevas disciplinas científicas que se abren paso y aportan enfoques insospechados hasta fechas recientes. Nos referimos a los campos de la bioquímica, la psicobiología, la epigenética y la biología del desarrollo que se propone aplicar a la hora de evaluar el interés del menor en relación con su custodia. A esta materia se dedican el capítulo 10, por BEYERLEIN, Peter, “Informational physiology of individual development”, y el capítulo 11, por VEZZETTI, Vittorio Carlo, “Shared parenting as a protective factor in children’s and adults’ health”, en *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Coord. Torres Perea, José Manuel; Kruk, Edward y Ortiz-Tallo, Margarita, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, (respectivamente, pp.129-141 y pp.142-154).

⁹⁸ Desarrolla la propuesta ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, en *Nadie pierde: guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales*. Ed. Dykinson, Madrid, 2018, p.241. Respecto a la mediación como técnica alternativa, véase ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual, *La justicia sin jueces*, Ed. Ariel, 2018.

Teresa/ALMEDA i SAMARANCH, Elisabet (coords.) *La custodia compartida a debate*. Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pp.131-154.

BÖHEIM, René/FRANCESCONI Marco/HALLA, Martin, “Does custody law affect family behavior in and out of marriage?”, *IZA Discussion Paper*; no. 7064, 2002, pp.1-37.

DE SIMONE, Tracey, “The friendly parent provisions in Australian family law –How friendly will you need to be?”, *Australian Journal of Family Law*, 22, 2008, pp. 56-71.

DE TORRES PEREA, José Manuel, “Best Interest of the Child: “a” or “the” Primary Consideration?” en TORRES PEREA, José Manuel/KRUK, Edward/ORTIZ-TALLO, Margarita (coords.), *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, pp. 51-62.

DE TORRES PEREA, José Manuel, “Recent development of Shared Parenting in Western Countries”, *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*. en TORRES PEREA, José Manuel/KRUK, Edward/ORTIZ-TALLO, Margarita (coords.), *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, pp. 355-369.

DE TORRES PEREA, José Manuel, *Diario La Ley*, nº8737, 2016, pp.1-22.

DE TORRES PEREA, José Manuel, “Custodia compartida una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *InDret*, 4.2011, 2011.

DOMÍNGUEZ OLIVEROS, Inmaculada, ¿Custodia compartida preferente o interés del menor?: marco normativo o praxis judicial, Ed. *Tirant lo blanch*, Valencia, 2018.

EKELAAR, John, “Beyond the Welfare Principle”, in *Child and Family Law Quarterly*, 2002, pp.237-250.

ELSTER, Jon, “Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child”, 54 (1) *U Chicago L Rev* 1, 1987, pp.1-45.

ESPÍN ALBA, Isabel, “Custodia compartida y mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol.21, diciembre, 2019, pp.65-86.

ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *Nadie pierde: guarda y custodia compartida: aspectos jurídico-procesales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018.

FABRICIUS, William V./AARON, Michael/AKINS, Faren R./ASSINI, John J./MCELROY, Tracy, “What Happens When There Is Presumptive 50/50 Parenting Time? An Evaluation of Arizona’s New Child Custody Statute”, *Journal of Divorce & Remarriage*, n.59, 5, April, 2018, pp.414-428.

GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen/SOLÉ RESINA, Judith, *Custodia compartida. Derechos de los hijos y los padres*, Pamplona, Ed. Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2005.

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, (2010), “Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009”, *InDret* 3/2010, pp.1-21.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosa, *Hacia una corresponsabilidad parental en plano de igualdad*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 125-175, 2019.

JIMÉNEZ-CABELLO, José Manuel/BECERRIL RUIZ, Diego/GARCÍA-MORENO, José M., “La relación entre reformas legales y la asignación de custodia compartida en España (2007-2017)”, *Revista española de ciencia política*, nº 53, 2020, pp.119-142.

KAGANAS, Felicity, “Parental involvement: a discretionary presumption”, *Legal Studies*, 38, 2018, pp.549-570.

KASPIEW, Rae/GRAY, Matthew/WESTON, Ruth/MOLONEY, Lawrie/HAND, Kelly/QU, Lixia, *Evaluation of the 2006 Family Law Reforms*, Melbourne, Australian Institute of Family Studies, 2009, pp. 12-20.

KRUK, Edward, “Arguments against a Presumption of Shared Physical Custody in Family Law”, *Journal of Divorce & Remarriage*, April 2018, pp. 1-12.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, La Ley, Madrid, 2008.

LAUROBA LACASA, Elena, “Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta del Código Civil Catalán”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol.110, nº2, 201, pp.313-344.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, “El tratamiento en Derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: La novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida”, *Rev. Bol. de derecho*, nº 19, enero, 2015, pp.206-235.

MAYOR DEL HOYO, María Victoria (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, ed. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, 2017.

MARÍN RULLÁN, Marta, “La influencia de las actitudes parentales sobre el bienestar del menor y la elección preferente de la custodia compartida: una disertación”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol.15, 2015, pp.73-89.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, *La guarda y custodia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTÍNEZ SANCHÍS, Nuria, “La incidencia de las malas relaciones entre los progenitores a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia compartida. Análisis de la reciente doctrina del Tribunal Supremo”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº9, 2018, pp.402-417

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, “Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho” *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 1997, pp.297-326.

MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta, “Régimen jurídico de la custodia compartida: El interés del menor”, en *La custodia compartida en España*, coord. Diego Becerril y Mar Venegas, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pp.93-108.

NIELSEN, Linda, “Joint versus Sole Physical Custody: Outcomes for children in 60 studies independent of income and conflict”, *Journal of Child Custody*, 15, 2018, pp.35-54.

NIELSEN, Linda, “Joint versus Sole Physical Custody: Which is best for children?” *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, en TORRES PEREA, José Manuel/KRUK, Edward/ORTIZ-TALLO, Margarita (coords.), *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, pp. 40-50.

ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual, *La justicia sin jueces*, Ed. Ariel, Barcelona, 2018.

PARKINSON, Patrick, “Shared Physical Custody: What Can We Learn From Australian Law Reform?”, *Journal of Divorce and Remarriage*, published online: 10 Apr 2018, DOI: 10.1080/10502556.2018.1454197, pp.401-413.

PARKINSON, Patrick, *Family Law and the indissolubility of parenthood*, Cambridge University Press, New York, 2011.

PASCAL, Julie, *Les perspectives d'évolution du droit de la filiation en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant*, Ed. *Le petit Juriste*, 2013, p.14-15.

PÉREZ CONESA, Carmen, *La Custodia Compartida*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2016.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La guarda y custodia compartida: una medida familiar igualitaria*, Ed. Reus, Madrid, 2011.

SOLSONA PAIRÓ, Montse/AJENJO COSP, Marc/BRULLET TENAS, Cristina/GÓMEZ-CASILLAS, Amalia, *La custodia compartida en los tribunales ¿Pacto de pareja? ¿Equidad de género?*, Ed. Icaria Antrazyt, Ulzama, Navarra, 2020.

TENA PAZUELO, Isaac, “Conceptos jurídicos indeterminados y generalización de la custodia compartida”, *Revista de Derecho Civil*, Vol.5, nº1, enero-marzo, 2018, pp.99-131.

VAN BUEREN, Geraldine, *Child Rights in Europe, Convergence and divergence in judicial protection*, Ed. Council of Europe, 2007, p.32.

VENEGAS, Mar/LOZANO MARTÍN, Antonio, “Cambio social y cambio en los modelos de familia: Trabajar por la igualdad”, en BECERRIL, DIEGO/ VENEGAS, Mar (coords.), *La custodia compartida en España*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pp.25-43.

VEZZETTI, Vittorio Carlo, “Shared parenting as a protective factor in children’s and adults’ health”, en TORRES PEREA, José Manuel/KRUK, Edward/ORTIZ-TALLO, Margarita (coords.), *The Routledge International Handbook on Shared Parenting and Best Interest of the Child*, Ed. Routledge, Taylor & Francis Group, London/New York, 2021, pp.142-154.

WIDRIG, Martin, “Das Bundesgericht erhebt die aternierende Obhut zur Regel. Besprechung der Urteile des Bundesgerichts 5^a_367/2020 und 5A_629/2019 von 13 November 2020”, *Sui Generis*, 2021, (2/6/21), pp.197-207.

ZERMATTEN, Jean, “The Best Interests of the Child Literal Analysis, Function and Implementation”, working report, *Institut International des Droits de l'enfant*, 2010, pp.1-27.

Esbozo de una epistemología medial para el Derecho penal

Y algunas hipótesis sobre los efectos de la cultura digital en la justicia penal

Sumario

El presente artículo tiene como objetivo presentar los rendimientos que una epistemología medial puede ofrecer a la comprensión del derecho penal y su evolución sociohistórica. Tras esbozar el utillaje analítico que la teoría de medios ofrece al derecho, se expone el modo en que los cambios mediáticos –el paso de la oralidad a la escritura impresa, y de ésta a los medios electrónicos y digitales– modifican el entorno cultural en el que el sistema penal se inserta, y a la postre transforman el mensaje mismo de la justicia penal. Así, la perspectiva medial revela que los mensajes del derecho penal moderno –legalidad, especialización, interpretación de textos, burocratización, etc.– sólo pudieron emerger en un entorno marcado por la cultura y la racionalidad del libro impreso; y que su “crisis” se relaciona con la irrupción de una nueva cultura digital, que estaría sometiendo a importantes tensiones las modernas nociones de justicia penal.

Abstract

This article explores the benefits that a media epistemology can offer to the understanding of criminal law and its socio-historical evolution. After outlining the theoretical tools that media theory offers to legal theory, the article explains how changes in media –the transition from orality to printed writing, and from printed writing to electronic and digital media– modify the cultural environment in which the penal system is inserted, and ultimately transform the very message of criminal justice. Thus, the media perspective reveals that the messages of modern criminal law –legality, specialization, interpretation, bureaucratization, etc.– could only emerge in the environment created by the culture of the printed media; and that its “crisis” is related to the irruption of a new digital culture, which would expose the modern notions of criminal justice to important tensions.

Abstrakt

Ziel des vorliegenden Beitrags ist es, die Leistungen, die eine mediale Epistemologie zum Verständnis des Strafrechts und seiner sozio-historischen Entwicklung beitragen kann. Nach einer Skizze des analytischen Instrumentariums, das die Medientheorie dem Recht zur Verfügung stellt, wird erörtert, wie der Medienwandel, der Übergang von der Mündlichkeit zu den Druckmedien, und von den Letzteren zu den elektronischen und digitalen Medien, das kulturelle Umfeld umgestalten, in das das Strafrechtssystem eingebettet ist, und letztlich die eigentliche Botschaft der Strafrechtspflege verändern. So zeigt die Medienperspektive, dass die Botschaften des modernen Strafrechts –Legalität, Spezialisierung, Textauslegung, Bürokratisierung usw.– nur in einem Umfeld entstehen konnten, das von der Kultur und Rationalität des gedruckten Buches geprägt war, und dass seine „Krise“ mit dem Einbruch einer neuen digitalen Kultur zusammenhängt, die die modernen Vorstellungen von Straffjustiz erheblichen Spannungen aussetzt.

Title: An outline of a medial epistemology for criminal law. And some hypotheses on the effects of digital culture on criminal justice

Titel: Skizze einer Medien-Epistemologie für das Strafrecht. Zugleich einige Hypothesen zu den Auswirkungen der digitalen Kultur auf die Strafrechtspflege

-

Palabras clave: medios, cultura penal, imprenta, escritura, medios digitales, castigo, política-criminal, estigma, proceso.

Keywords: *media, penal culture, press, writing, digital media, punishment, criminal policy, stigma, process.*

Stichwörter: *Medien, Strafrechtskultur, Druck, Schrift, digitale Medien, Strafe, Kriminalpolitik, Stigmatisierung, Strafverfahren*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.07

-

4.2021

Recepción

23/08/2021

-

Aceptación

19/09/2021

-

Índice

-

1. Introducción

2. Los medios del Derecho penal

2.1. Teoría de medios y teoría del Derecho penal: una conexión por descubrir

2.2. Los medios como agentes de cambio antropológico y cultural

a. El ejemplo de las “noticias del día”

3. Co-evolución entre medios y justicia penal

3.1. Co-evolución por irritación y los medios como avances pre-adaptativos

3.2. El Derecho entre la oralidad y la escritura impresa

4. Algunas hipótesis sobre la influencia del medio digital en el Derecho penal

4.1. Irritaciones en la dimensión deliberativa de la político-criminal: las redes y el "disenso manufacturado"


4.2. Irritaciones la práctica punitiva: el medio digital y el castigo colaborativo

4.3. Irritaciones en la labor judicial: el juez y el ruido digital

5. Conclusión

6. Bibliografía

-

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

«Y si alguna de nuestras instituciones parece no adaptarse a la tendencia de los tiempos, ¿por qué son aquéllas, y no ésta las que nos parecen desordenadas y extrañas?»

Neil POSTMAN, *Amusing Ourselves to Death: Public Discourse in the Age of Show Business*, 2005.

1. Introducción

El análisis sociohistórico del Derecho penal y su evolución ha adoptado clásicamente una forma bifocal, muy recurrente en la historiografía jurídica en general¹: se alude como factores de transformación a la influencia de los procesos político-económicos, por un lado, y de los procesos culturales o espirituales, por el otro. Así, el Derecho penal moderno tiende a explicarse como el efecto de la consolidación del Estado moderno, la industrialización y de la Ilustración², mientras que su actual crisis tiende a relacionarse con la globalización económico-política, el populismo y con la llamada “postmodernidad”, a menudo definida como una “*Gegenaufklärung*”³. Tras décadas de desarrollos en el ámbito de la teoría de medios, parece claro que esa doble perspectiva, aún siendo útil, resulta incompleta, y que ha de añadirse una tercera: el análisis de los cambios mediáticos, particularmente el surgimiento de la escritura, la imprenta, los medios electrónicos y los digitales, y su influencia en las diferentes transformaciones en la praxis y en la cultura jurídico-penal. En pocas palabras: transformaciones en la justicia penal que a menudo se atribuyen a factores políticos, económicos o culturales, podrían estar además conectados a factores mediáticos; el estudio de éstos últimos resulta condición necesaria para la correcta comprensión del fenómeno penal.

Partiendo de esa hipótesis, el presente artículo tiene como objetivo describir en qué consiste una aproximación al Derecho penal desde la perspectiva de la teoría de medios (2), esbozando de qué modo puede esta ofrecer una mejor comprensión de su evolución histórica (3); en segundo lugar, presentar algunas hipótesis sobre la irritación que el entorno digital está produciendo en el llamado Derecho penal moderno, particularmente en la praxis deliberativa, punitiva y judicial (4). El artículo no aspira a exhaustividad respecto de las diferentes formas de influencia de los medios de comunicación en la justicia penal, sino sólo a ofrecer una muestra de estas a efectos de demostrar la necesidad de una teoría de lo penal sensible al poder moldeador del medio.

* Autor de contacto: Javier Cigüela Sola, jciguela@ub.edu. El presente artículo se enmarca en un proyecto financiado por la Beca de la Fundación Alexander von Humboldt para investigadores experimentados.

¹ Así: BODENHEIMER, *Teoría del derecho*, 1994, pp. 231 ss., quien habla de fuerzas políticas, económicas, psicológicas, nacionales y culturales, pero nada dice de los factores mediáticos; WEBER, *Economía y sociedad*, 2002, en su clásico análisis sociohistórico, tiende por su parte a adoptar una perspectiva donde la economía y la política aparecen como motores del cambio jurídico; en el ámbito de la teoría del Derecho, la obra más sensible a los factores mediáticos es claramente la de VESTING, *Rechtstheorie*, 2007, pp. 149 ss.

² Cfr.: VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2015, pp. 18 ss.; por una síntesis de la perspectiva económica: BRANDARIZ, *Una economía política de la pena*, 2019.

³ Sobre el populismo, ver: CIGÜELA SOLA, «Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural», *REDPC*, (22-12), 2020; también, PÉREZ DEL VALLE, «El derecho penal como instrumento de los populismos», en URIBE OTALORA (dir.), *Nuevos retos para la democracia liberal*, 2021, pp. 321 ss. Utilizan la expresión “*Gegenaufklärung*” (contra-ilustración), KAUFMANN, *La filosofía del derecho en la postmodernidad*, 1991, p. 7; ALBRECHT, «Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik», *NJ*, 1994, p. 193; en el ya clásico diagnóstico de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, 2001, se aglutinan factores económicos, psicosociales, culturales y políticos, muchos de los cuales, según creo, están muy conectados con cambios mediáticamente condicionados (principalmente los del Cap. 2).

2. Los medios del Derecho penal

2.1. Teoría de medios y teoría del Derecho penal: una conexión por descubrir

La teoría de medios es un campo de estudio que se desarrolla en los años 60, principalmente de la mano de los trabajos de la Escuela de Toronto, formada por un grupo de pensadores entre los que destacan H. INNIS, E. HAVELOCK y el más conocido M. MCLUHAN. Si bien ya en SÓCRATES y PLATÓN pueden hallarse interesantes reflexiones sobre el poder transformador de los medios de comunicación –en su caso la escritura, a la que observaron como un peligro para el conocimiento filosófico⁴–, no fue hasta la consolidación de los medios eléctricos en el siglo pasado que emergió un aparato conceptual destinado a comprender sus efectos. La tesis principal de la teoría de medios –condensada en el famoso aforismo de MCLUHAN, «the medium is the message»⁵– es la siguiente: los «medios no sólo transmiten mensajes, sino que producen el efecto de moldear nuestra pensamiento, percepción, memoria y comunicación»⁶. Además de ofrecer nuevas posibilidades técnicas, resulta que los medios transforman tanto las formas individuales de pensar, percibir y valorar como las instituciones sociales y la propia cultura⁷; también, según se ha de sostener aquí, el Derecho penal.

No es extraño que una “conciencia medial” propiamente dicha no surgiese hasta el siglo XX, pues los medios mismos tienden a permanecer invisibles para sus usuarios, de modo que estos apenas son conscientes de su influencia. No sólo porque se trata de realidades tan envolventes que apenas podemos percibir las, sino además porque los medios están programados para conducir la atención del usuario a los contenidos que transmiten, ocultando los efectos propios: al mirar la televisión miramos lo que esta muestra, y no la televisión misma; al leer un libro nuestra atención se dirige a su contenido, no al libro mismo; lo mismo con el Smartphone y con la propia palabra hablada⁸. Sin embargo, lo que la teoría de medios revela es que es precisamente cada uno de esos medios y no (o no sólo) sus contenidos lo que modifica al usuario y a la postre toda la cultura. En ese sentido, señala POSTMAN que «cada tecnología tiene su propia agenda. Es una metáfora que espera ser descubierta»⁹.

La invisibilidad del medio en favor de sus contenidos no es algo que ocurra sólo a nivel psicológico-individual. También en términos socioculturales se ha tendido a minusvalorar a los medios como realidades triviales, como meros “transmisores”. Según ASSMANN, el pensamiento filosófico moderno centró su atención tradicionalmente en los sujetos de la comunicación (la “conciencia”, el “espíritu”, el “yo”, etc.), y más tardíamente en los objetos comunicados o en los símbolos a través de los cuales comunicamos. El siglo XX vio ese tránsito –del “sujeto” al “símbolo”– en la evolución desde las clásicas *Geisteswissenschaften* (*Humanidades*) a las modernas *Kulturwissenschaften* (*Estudios culturales*), lo que en Alemania se tiende a escenificar

⁴ Sobre ello: HAVELOCK, *La musa aprende a escribir*, 1996; MEYROWITZ, «Media evolution and cultural change», en HALL *et. al.*, *Handbook of Cultural Sociology*, 2010, p. 53, refiriéndose a SÓCRATES como primer teórico de medios.

⁵ MCLUHAN/FIORE, *El medio es el mensaje. Un inventario de efectos*, 2015.

⁶ KRÄMER, *Medium, Messenger, Transmission*, 2015, p. 14; ONG, *Orality and Literacy*, 1982, p. 81: «Technologies are not mere exterior aids but also interior transformations of consciousness».

⁷ ONG, *Orality and Literacy*, 1982, p. 81: «Technologies are artificial, but—paradox again—artificiality is natural to human being».

⁸ En palabras de MCLUHAN, *Comprender los medios de comunicación*, 1996, p. 30, «el mensaje de cualquier medio o tecnología es el cambio de escala o ritmo o patrón que introduce en los asuntos humanos».

⁹ POSTMAN, *Amusing Ourselves to Death: Public Discourse in the Age of Show Business*, 2005, p. 84.

como el paso de KANT a CASSIRER y su concepción del ser humano como animal simbólico¹⁰. Ese paso coloca al universo simbólico en un lugar de *mediación* entre sujeto y mundo, hasta el punto de que no hay pensamiento ni acción humanas que puedan explicarse sin referencia a las diferentes formas simbólicas que lo componen. También el Derecho, y concretamente el penal, presta a ese universo sus propios símbolos. La pena, su símbolo nuclear¹¹, operaría por ello como transmisor de mensajes: no sólo transmite un reproche, sino que además comunica información relativa al *poder* (de quien lo impone), la *verdad* (de los hechos castigados), la *subjetividad* (del sujeto responsable), y por encima de todo un *estigma* (una degradación del estatus social de su destinatario).

La definición de la pena o incluso el delito como comunicación simbólica capta adecuadamente el rasgo comunicativo del Derecho penal, pero dice poco respecto de su funcionamiento y evolución sociohistórica. Para una adecuada comprensión del fenómeno es necesario complementar la teoría de la “representación simbólica” de CASSIRER con una teoría de la “representación medial”¹², pues los símbolos, incluidos los penales, se transmiten y almacenan en la memoria colectiva *necesariamente* a través de soportes materiales que acaban por condicionar el contenido simbólico transmitido. Son, en fin, los medios mismos –orales, escritos, impresos o digitales, en formas híbridas¹³– los que *portan* los símbolos, y en ese sentido es necesario comprender el rol que aquellos ejercen en el proceso de comunicación. Por seguir con el mismo ejemplo: el símbolo “pena” opera de muy diverso modo –esto es: comunica mensajes diversos– en función de si se transmite mediante el rumor oral, si lo hace mediante una sentencia escrita difundida en prensa o si lo hace, como se verá, mediante el tipo de publicidad que emerge de internet y las redes sociales; para empezar, el efecto estigmatizador es radicalmente diferente. Obviamente el mensaje del castigo depende también de la configuración del sistema penal, de su formulación lingüística, de los discursos que le dan forma y del tipo de comunicación que encarna; la cuestión es que ninguno de esos niveles de análisis captura adecuadamente las transformaciones producidas por la especificidad del medio en cuestión.

En esa línea, si bien tanto la sociología penal como la criminología –no tanto la política criminal, menos aún la filosofía del derecho penal¹⁴– han prestado atención al rol de los medios en el

¹⁰ CASSIRER, *Antropología filosófica*, 1945, p. 49.

¹¹ Sobre todo: PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017, pp. 51 y s.; también DUFF, *The Realm of Criminal Law*, 2018, p. 111; JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 25; muy temprano, PRIMORATZ «Punishment as Language», *Philosophy*, (64-248), 1989, pp. 187-205, entre otros.

¹² Sobre la distinción y la insuficiencia del planteamiento de CASSIRER, véase ASSMANN, *Introduction to Cultural Studies*, 2012, p. 56. Coetáneo de CASSIRER fue Walter BENJAMIN quien, en su tesis sobre los efectos de la reproductibilidad técnica sobre las obras de arte, anticipó algunas de las tesis principales de la teoría de medios. Para BENJAMIN el “aura” y la sacralidad de los objetos radica en su unicidad, la cual los hace merecedores del rito y la veneración; a *sensu contrario*, el “aura” se pierde tan pronto como los objetos mismos se vuelven masivamente reproducibles, pues los originales se vuelven indistinguibles de las copias, y resulta que éstas carecen del “aquí y ahora” que caracteriza al objeto de culto. Si bien BENJAMIN –como también otros pensadores de la Escuela de Frankfurt, destacadamente ADORNO– estaba pensando en el modo en que determinados cambios en la creación y reproducción artística modificarían el campo político, la idea de que el medio de reproducción tiene un impacto en la percepción simbólica, tiene un alto impacto en el campo del derecho. En esa línea, por ej., la moderna secularización del Derecho, la pérdida de su “aura” religiosa en favor de un aura “más política”, estaría relacionada con la influencia de reproductibilidad técnica ofrecida por la imprenta.

¹³ CHADWICK, *The Hybrid Media System: Politics and Power*, 2013; ya, MCLUHAN, *Comprender los medios de comunicación*, 1996, p. 76.

¹⁴ Encontramos alguna excepción, las cuales no ofrecen, en todo caso, un examen exhaustivo: HILGEBRANDT, «Criminal Law and Technology in a Data-Driven Society», en DUBBER/HÖRNLE, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014. La mayor parte de aproximaciones desde el Derecho penal son, en todo caso, demasiado específicas, focalizadas o bien en las formas de criminalidad típicas de la sociedad digital, o bien en la influencia de los juicios

funcionamiento del Derecho penal, lo cierto es que lo han hecho centrándose en los contenidos y muy poco en la influencia de los medios en sí, como también poniendo casi exclusivamente el foco en la televisión¹⁵. Los estudios sobre los efectos del cine o los videojuegos violentos en la criminalidad, o sobre el “*agenda setting*” y “*framing effect*”, por poner dos ejemplos, son estudios sobre los contenidos que tienden a pasar por alto que los medios generan efectos por sí mismos¹⁶. Así las cosas, la “conciencia medial” sigue estando en este terreno bastante dispersa, y el objetivo del presente artículo es precisamente colaborar en su conformación. En fin, también para el Derecho penal los medios portan mensajes (autónomos respecto de sus contenidos) y la cuestión es, entonces, descubrir cuáles.

2.2. Los medios como agentes de cambio antropológico y cultural

Los efectos de los medios se manifiestan al menos en dos dimensiones, la antropológica y la sociocultural. La dimensión antropológica fue enfatizada por MCLUHAN al describir los medios de comunicación como «extensiones del ser humano»¹⁷, las cuales «modifican los índices sensoriales, o pautas de percepción, regularmente y sin encontrar resistencia»¹⁸. Toda revolución mediática transforma el equilibrio pre-existente entre los diferentes sentidos¹⁹: las culturas orales producen “espacios acústicos”, y por tanto seres humanos cuya interacción con el mundo, con la colectividad y con las normas es esencialmente auditiva, llena de musas, holística, cíclica y corpórea; mientras que la escritura y más radicalmente la imprenta produjeron paulatinamente “espacios visuales” y al *homo typografycus*, cuya interacción con el mundo –también con el Derecho– es primordialmente visual, individualista, estática y abstracta²⁰; el *homo digitalis* es, por su parte, un ser acoplado a una pantalla, y sus sentidos procesan compulsivamente un torrente tan vasto de imágenes y sonidos que las sensibilidades que ello genera en poco se

paralelos en el proceso. Así, por ej., HILGENDORF, «Die Neuen Medien und das Strafrecht», *ZStW*, (113-4), 2001; o las contribuciones en MURMANN (Hrsg.), *Strafrecht und Medien*, 2016.

¹⁵ Ello ocurre, por ej., en MOORE, *Crime and the Media*, 2014; JEWKES, *Media & Crime*, 2015; MARTIN, *Crime, Media and Culture*, 2019. Mayor sensibilidad al poder del medio muestra: CARRABINE, *Crime, Culture and The Media*, 2008. En la obra de referencia de la sociología penal en las últimas décadas, *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (2005) de David GARLAND, encontramos algunas reflexiones interesantes relacionadas con la influencia de los medios en la cultura penal, e incluso un pasaje claramente inspirado en la teoría de medios (pp. 152 ss., con referencia a la obra de J. MEYROWITZ). Entre nosotros, el análisis más completo sobre los efectos de los contenidos mediáticos sigue siendo el de FUENTES OSORIO, «Los medios de comunicación y el Derecho penal», *RECPC*, (7-16), 2005; también, PAREDES CASTAÑÓN, «La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas», *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, (24), 2018; VARONA, «Medios de comunicación y punitivismo», *InDret*, (1), 2011.

¹⁶ Todo ello a pesar de que, por ej., conceptos fundamentales para la criminología como el de “pánico moral” fueron tomados directamente de la obra de MCLUHAN, sobre ello: MCLAUGHLIN, «See also Young, 1971: Marshall McLuhan, moral panics and moral indignation», *Theoretical Criminology*, (18- 4), 2014, pp. 422-431; ver MCLUHAN, *Comprender los medios de comunicación*, 1996, p. 100.

¹⁷ Así reza el subtítulo de la obra *Understanding Media. The Extensions of Man*, 1964. La expresión la había tomado MCLUHAN del antropólogo cultural Edward T. HALL, ver: MCLUHAN, *Galaxia Gutenberg. Génesis del “homo typographicus”*, 1993, p. 18.

¹⁸ MCLUHAN, *Comprender los medios de comunicación*, 1996, p. 39; GOODY, *La domesticación del pensamiento salvaje*, 1985, p. 22, en relación con la diferencia entre el pensamiento salvaje y el moderno: «La diferencia no es tanto de pensamiento o inteligencia como de mecánica de los actos comunicativos».

¹⁹ MCLUHAN, *Galaxia Gutenberg*, 1993, p. 17; la idea de que la percepción está social y mediáticamente condicionada fue también tímidamente esbozada por BENJAMIN, *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica*, 2017, p. 56 s.: «El modo en que se organiza la percepción humana –el medio en que se lleva a cabo– no solo está condicionado de manera natural sino también histórica».

²⁰ MCLUHAN, *Galaxia Gutenberg*, 1993, p. 17; HAVELOCK, *La musa aprende a escribir*, 1996, p. 98.

parecen a las del estático y limitado libro –entre otras características, son más fugaces, instantáneas, dinámicas, emotivas y conectivas²¹–.

Los medios moldean a sus usuarios, pero también tienen efectos performativos en la cultura y en las diferentes formas de organización social, política y jurídica²². Este es el aspecto de la teoría de medios que más interesa para el abordaje de la tesis sobre la coevolución entre medios de comunicación y Derecho penal. Operen en el campo semántico que operen (la Religión, el Derecho, la Moral, etc.), los símbolos culturales existen tan sólo en la medida en que son transmitidos a través de determinados medios y almacenados en la memoria cultural: las reglas tribales se almacenan en la memoria de la colectividad que habla a través del rito y el relato transmitidos boca a oreja, generación tras generación²³; del mismo modo que las leyes en sociedades con escritura se almacenan en códigos y se transmiten mediante canales de difusión como los boletines oficiales, la prensa escrita o más actualmente las redes sociales –se independizan, por tanto, de la memoria biológica–. La tesis fundamental es que los medios de almacenamiento y transmisión condicionan los contenidos simbólicos que acaban por considerarse *cultura*, y en última instancia *Derecho*: así, el Derecho tribal, marcado por las necesidades memorísticas que se desprenden de su transmisión oral, está forzado a condensarse en unas pocas fórmulas simples, poéticas y proverbiales de fácil retención y transmisión; una vez esas presiones desaparecieron con la escritura, el Derecho pudo independizarse de la poesía y adquirir el carácter expansivo, abstracto, sistemático y complejo que hoy le conocemos. Los medios funcionan, en fin, como filtro en relación con *qué* y *cómo* algo es reactualizado en la memoria cultural y en la identidad normativa de la sociedad; lo que quiere decir, a su vez, que condicionan la creación y funcionamiento del Derecho (como praxis cultural)²⁴.

Con todo, para comprender los efectos de los medios no es suficiente con el análisis de la infraestructura mediática. El motivo es que el impacto sociocultural de la tecnología es también dependiente del uso que se hace de ella, del modo en que es integrada en la interacción cotidiana y de las funcionalidades que acaban por consolidarse, en perjuicio de otras, tras largos procesos evolutivos dependientes de factores culturales, económicos y políticos²⁵. Si bien a la teoría de medios se le ha criticado un cierto determinismo tecnológico, es necesario descartar cualquier tesis que vaya en esa dirección: las tecnologías de la comunicación no dibujan una línea, sino un campo, limitado, cierto es, pero en el que caben múltiples realizaciones –y, por tanto, matizaciones en el mensaje²⁶–.

²¹ POE, *A history of Communications*, 2011, pp. 222 ss.; STADLER, *The digital condition*, 2018; VESTING, *Gentleman, Manager, Homo Digitalis*, 2021, § 9.

²² MEYROWITZ, «Medium theory», en CROWLEY/MITCHELL (eds.), *Communication Theory Today*, 1994, p. 51; ASSMANN, *Introduction to Cultural Studies*, 2012, pp. 58 ss.

²³ El ejemplo más vivo son los relatos homéricos, que contenían en sí mismos todo el conocimiento que la Grecia pre-literaria debía almacenar para perdurar a pesar del paso del tiempo: vid. HAVELOCK, *The Greek Concept of Justice*, 1978, pp. 4 ss.; GAGARIN, *Writing Greek Law*, 2008, pp. 13 ss.; VESTING, *Die Medien des Rechts I: Sprache*, 2011, § 5/1.

²⁴ Al respecto, fundamental: KAHN, *The cultural study of law*, 1999.

²⁵ COULDRY/HEPP, *The mediated construction of reality*, 2017, p. 5: «We need (...) to consider media both as technologies including infrastructures and as processes of sense-making»; GOODY, *La domesticación del pensamiento salvaje*, 1985, p. 20, aludiendo a factores políticos y religiosos.

²⁶ Así, VESTING, *Rechtstheorie*, 2007, §277.

a. *El ejemplo de las “noticias del día”*

Para comprender de qué modo los medios funcionan como filtro de contenidos sociales relevantes para el Derecho penal podemos detenernos en el ejemplo de las noticias del día. Según Neil POSTMAN:

«The information, the content, or, if you will, the "stuff" that makes up what is called "the news of the day" did not exist –could not exist– in a world that lacked the media to give it expression. I do not mean that things like fires, wars, murders and love affairs did not, ever and always, happen in places all over the world. I mean that lacking a technology to advertise them, people could not attend to them, could not include them in their daily business. Such information simply could not exist as part of the content of culture. This idea that there is a content called "the news of the day" was entirely created by the telegraph (and since amplified by newer media), which made it possible to move decontextualized information over vast spaces at incredible speed. The news of the day is a figment of our technological imagination. It is, quite precisely, a media event»²⁷.

Las noticias del día constituyen, por lo tanto, un perfecto ejemplo de evento mediático. Como tal, tiene efectos en la sociedad en su conjunto, ya que acelera los ritmos de comunicación y de desplazamiento de la atención pública “de un tema a otro”, produce la «ceremonia masiva»²⁸ o «ritual mediático»²⁹ diario de escuchar o ver las noticias a cierta hora, entre otras cosas. Pero también despliega efectos en la cultura penal: como ha expresado GARLAND, los medios eléctricos hicieron que problemas locales se experimentasen como generales, acercando al espectador a realidades delictivas y a peligros que antes desconocía y que de repente formaron parte de su día a día³⁰. El mundo se iba convirtiendo, también en lo que respecta a la percepción del fenómeno criminal, en una angustiada «aldea global»³¹, y la sensación de incertidumbre y de inseguridad existencial que caracterizaría al individuo contemporáneo bien puede deberse al hecho de que, ahora ya claramente en la era digital, no hay lugar donde esconderse de las noticias y su característico foco en el drama criminal. También a nivel institucional se produce una transformación: las “noticias del día”, que en la era digital se han comprimido en “noticias a tiempo real” consumidas compulsivamente, dirigen la atención de las agencias penales a lo que ellas mismas muestran, pues las imágenes que aparecen en pantalla acaban por constituir –como advirtió DEBORD³²– lo que los participantes en la interacción (público, gobierno, policías, etc.) entienden como “realidad” sobre la que configurar las propias agendas. El medio cambia, por tanto, el modo en que nos relacionamos con nuestro entorno social, modificando la orientación espaciotemporal y creando nuevos patrones de representación de la realidad social y criminal; y cambia, como consecuencia, la cultura penal, en la medida en que se dirigen al derecho expectativas de adaptación a las formas sociales específicas que emergen del medio en cuestión.

²⁷ POSTMAN, *Amusing ourselves to death*, 2005, p. 8.

²⁸ ANDERSON, *Comunidades imaginadas*, 1993, p. 60 (en relación con la lectura diaria del periódico).

²⁹ COULDRY, *Media rituals*, 2005; COULDRY/HEPP, *The mediated construction of reality*, 2017, p. 105, sobre los medios como “metrónomos” de la vida social.

³⁰ GARLAND, *La cultura del control*, 2005, pp. 152 ss.

³¹ Expresión ya popular acuñada por: McLuhan, *Comprender los medios de comunicación*, 1996, p. 110.

³² DEBORD, *Sociedad del espectáculo*, 2015, § 18; en sentido similar, PAREDES CASTAÑÓN, *Teorder* 2018, nº 24, p. 112, quien se refiere al poder los medios para acotar el ámbito de lo “decible”.

3. Co-evolución entre medios y justicia penal

Si bien la epistemología medial ha tendido a pasar inadvertida para la ciencia penal, no ha sido ese el caso para la sociología jurídica³³. Así, tanto la obra de LUHMANN como la monumental tetralogía de Thomas VESTING constituyen el punto de partida esencial para la comprensión del carácter mediáticamente condicionado del Derecho. A continuación, se presenta un esbozo del modelo evolutivo que presentan para el derecho, con la vista puesta en su aplicación a la esfera de la justicia penal en el punto 4.

3.1. Co-evolución por irritación y los medios como avances pre-adaptativos

Los sistemas sociales co-evolucionan, lo que quiere decir básicamente que, como organismos (sociales) vivos y dinámicos, se van adaptando a las variaciones que cada uno de ellos detecta en el entorno. Se trata, según LUHMANN, de un juego dinámico entre «variación», «selección» y «estabilización». Cuando el sistema del Derecho observa variaciones en su entorno (sea económico, político o mediático), y es irritado por ellas, se ve presionado a modificar estructuras internas (a menudo: símbolos) que permitan una estabilización dinámica del sistema, esto es, que hagan posible su funcionamiento normal (reproducción autopoietica, en el argot) en las nuevas circunstancias sociales³⁴. Aterrizando el esquema a nuestro campo: tanto la televisión como muy radicalmente los medios digitales han venido imponiendo formas de comunicación audiovisuales, dinámicas e impactantes (*variación*); como respuesta adaptativa, el sistema penal viene seleccionando qué datos publicar en redes, qué juicios retransmitir televisivamente o incluso on-line (ej. del *Procès*) y de qué modo comunicar los mensajes judiciales (*selección*); todo ello con la pretensión de adaptarse al sistema social en el que está incrustado, de responder a las nuevas expectativas de sus destinatarios, pero a la vez manteniendo (hasta donde puede) una cierta autonomía en relación a sus propios lenguajes y sus tiempos (*estabilización*)³⁵. En el lenguaje de JAKOBS, el sistema del Derecho constituye una realización del sistema social al que pertenece –por ello reacciona a las variaciones–, pero no puede convertirse en un “mero lacayo” de la sociedad³⁶, por ello cultiva su propia autonomía y selecciona qué es digno de incorporación y qué debe ser descartado como ruido pasajero. En este esquema, los cambios mediáticos –como los económicos o los políticos– constituyen fuente de constantes de variaciones, lo que se convierte en auténtica irritación en momentos de bruscas revoluciones mediáticas, tales como la aparición de la imprenta y más recientemente de internet.

Pero los medios no sólo irritan al sistema jurídico(-penal) al promover nuevos patrones socioculturales y sensibilidades, sino que también ofrecen lo que VESTING ha definido –siguiendo a PARSONS– como «avances pre-adaptativos»³⁷, esto es: innovaciones o logros evolucionarios que

³³ VESTING, *Die Medien des Rechts I-II-III-IV*, 2011-2015; LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, p. 239.

³⁴ LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pp. 243 ss.; *Complejidad y modernidad*, 1998, pp. 96 ss. El esquema “variación”, “selección” y “estabilización” está ya esbozado en WEBER, *Economía y sociedad*, 2002, p. 514, para quien las variaciones más importantes serían de tipo económico y político.

³⁵ Es así como hay que comprender la «función retardaria» del Derecho a la que se refiere, con cita interna a MÖLLERS, PAWLIK, «Das Strafrecht der Gesellschaft. Sozialphilosophische und sozialtheoretische Grundlagen von Günther Jakobs’ Strafrechtsdenken», en KINDHÄUSER et. al. (Hrsg.), *Das Strafrecht der Gesellschaft. FS-Jakobs*, 2019, p. 230.

³⁶ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, 1996, p. 15; VESTING, *Rechtstheorie*, 2007, p. 163: «la evolución del derecho no puede ser tratada como una variable de la evolución de un ‘no derecho’, como mero reflejo de la evolución societaria, cultural y política».

³⁷ VESTING, *Rechtstheorie*, 2007, pp. 167 ss.; LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pp. 243 ss.

laten en el tejido social dispuestos a ser posteriormente incorporados en el campo del Derecho, modificándose en el sentido antes descrito la comunicación simbólica que en él tiene lugar. Desde esta perspectiva, la aparición de medios como la escritura o la imprenta no siempre produce consecuencias directas o inmediatas en el Derecho; más bien lo que ocurre es que laten en el tejido social, abriendo un campo de posibilidades que en algún momento posterior serán aprovechadas ante situaciones o exigencias sociales novedosas. La escritura del Derecho en la Antigua Grecia, por ej., ocurrió mucho después de que existiera la escritura misma, y lo hizo para satisfacer necesidades de estabilidad y certidumbre en un momento histórico en el que las relaciones políticas y económicas se iban haciendo tan complejas que no podían gobernarse mediante el derecho oral tradicional³⁸; del mismo modo que, en el siglo XX, la retransmisión televisiva de macro-juicios como el de Eichmann se asoció a la necesidad de «llegar a los corazones del público»³⁹ y dejar en él una impresión duradera, precisamente cuando la mentalidad televisiva comenzó a exigir un tipo de comunicación visual que la clásica cobertura a través de la prensa no podía ofrecer –los juicios de Núremberg, de hecho, fueron paradigmáticos de la cultura impresa, y fueron vistos por muchos como una decepción en lo relativo a su influencia pública⁴⁰–. Lo interesante es que tanto en un caso como en otro, el propio mensaje jurídico se transformó al entrar en contacto con el nuevo medio: al convertirse en ley escrita el Derecho de la Antigua Grecia cambió respecto de lo fue mientras se transmitió como relato oral –se volvió más unificado, sistemático, abstracto, rígido y complejo, más «moderno», por tanto⁴¹–; del mismo modo que el juicio de Eichmann encarnó un tipo de justicia –un mensaje– substancialmente diferente a la de los juicios de Núremberg –más televisivo, espectacular, victimocéntrico y emotivo⁴²–. En otras palabras: el medio esconde una agenda propia para la comunicación jurídica, que a menudo sólo es descubierta *a posteriori*.

3.2. El Derecho entre la oralidad y la escritura impresa

A tales efectos, una epistemología medial implica la observación de la evolución del Derecho penal desde el prisma de las revoluciones mediáticas, específicamente el tránsito de la oralidad a la escritura en el mundo antiguo, la irrupción de la imprenta en el moderno, y la de los medios electrónicos y digitales en el contemporáneo. Desde dicha perspectiva, por tanto, buena parte de

³⁸ GAGARIN, *Writting Greek Law*, 2008, pp. 67 ss.

³⁹ Así lo expresó el fiscal israelí del caso Eichmann, Gideon Hausnet. Su argumento en favor de una cobertura televisiva centrada en las historias de las víctimas fue que los juicios de Núremberg fueron eficientes en términos de hacer justicia, sin embargo, no llegaron al “corazón de los hombres”, vid. OSIEL, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, 2000, p. 91. Visto desde la teoría de medios, la decisión de Hausner se explica como una adaptación al nuevo entorno televisivo, el cual genera una mentalidad sensible al espectáculo y que siente tedio ante el juicio documental y burocratizado. Sobre ello, CIGÜELA SOLA, «Arendt en Jerusalén: una mente tipográfica contra la espectacularización de la justicia», en *LH a Mirentxu Corcoy*, 2022 (en prensa).

⁴⁰ Dichos juicios fueron considerados demasiado pesados por parte del público: la novelista Rebecca West, quien lo cubrió para el *New York Times*, escribió sobre ellos que fueron “insufriblemente tediosos”: «this reaction was not uncommon», comenta OSIEL (*Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, 2000, p. 91), «as one reporter notes: ‘it was the larger crime in history and it promised the greatest courtroom spectacle. [But] what ensued was an excruciatingly long and complex trial that failed to mesmerize a distracted world. Its mass of evidence created boredom»; sobre ello: FELMAN, «A Ghost in the House of Justice: Death and the Language of the Law», en SARAT/SIMON, *Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law*, 2003, pp. 290 ss.

⁴¹ GAGARIN, *Writting Greek Law*, 2008, pp. 10 ss. y 92.

⁴² Si la teoría de medios ha caracterizado el discurso televisivo como dramático, espectacularizador, emotivo, descontextualizador, banalizador y tan rico en imágenes como precario en lenguaje, lo cierto es que esas fueron precisamente las características que algunos analistas educados en la cultura impresa –destacadamente H. ARENDT– reprocharon al juicio, y especialmente a los fiscales. «Whoever planned this auditorium ... has a theater in mind», escribió ARENDT, a la vez que reprochó el constante intento de los fiscales de transformar el juicio en un «show trial», vid., *Eichmann in Jerusalem*, 1963, pp. 4-9.

lo que se ha entendido como Derecho tribal puede comprenderse como producto de entornos socioculturales marcados por la comunicación oral: esa es la razón por la que sociedades tan diversas como la Grecia pre-literaria (reflejada en la obra homérica) y las tribus y reinos germánicos, tuvieron “Derechos” formalmente tan similares. En primer lugar, en una sociedad sin escritura las leyes están profundamente marcadas por su necesaria transmisión oral: las conductas se regulan básicamente mediante «refranes y proverbios»⁴³ que se repiten incesantemente y se ritualizan para facilitar su memorización, pues la memoria de la colectividad es la única forma de transmitir el *ethos* social en ausencia de registro documental⁴⁴. En una sociedad así uno aprende a no matar escuchando relatos en los que el homicida recibe un castigo de los dioses o una desgracia natural. En ese sentido, la ley no se puede observar, ni analizar, ni diferenciar del mito, como tampoco sufre grandes innovaciones (esto requiere de la escritura como avance pre-adaptativo); sin embargo se mantiene con ella una relación orgánica, comunitaria y sensitiva, todas ellas prestaciones que recibe del medio hablado –el desapego que los modernos sentimos hacia la ley tiene como precondition una avanzada textualización, mientras que para el individuo tribal la ley aparece como un «eco del alma»⁴⁵ –. También el juicio en sociedad aparece como una «maquinaria oral»⁴⁶, donde las partes hablan frente al *demos* y el comité de ancianos –depositarios de una tradición, a su vez, oral– y en la que vence quien pronuncie su justicia de forma más convincente frente a una audiencia, a la que corresponde aclamar en favor del vencedor. En fin, las características que tradicionalmente se asocian a la justicia tribal, su carácter simplificado, emotivo, flexible, ritual, personalista, poético, popular o mítico, son características asociadas a su transmisión a través de la palabra hablada. Tan pronto como las normas pasaron a un formato escrito, aquella justicia se fue transformando en otra más racional, rígida, formal, especializada, abstracta y conectada no tanto al *mito* (oral) como a una *historia* (escrita).

En esa línea, buena parte de lo que entendemos como características del Derecho moderno, también del penal, constituyen prestaciones de la tecnología de la escritura y del tipo específico de cultura que surgió de ella. La escritura estabilizó el Derecho en signos externos y perdurables, le otorgó rigidez, liberándolo de las presiones memorísticas propias de la oralidad. El Derecho dejó de ser algo que la comunidad conservaba y repetía oral y ritualmente, para pasar a ser una tarea altamente especializada, a cargo de una élite lecto-escritora crecientemente separada de la sociedad, representante de una nueva idea de razón jurídico-textual. La *textualización* del Derecho⁴⁷ hizo surgir, a su vez, una multiplicidad de *diferenciaci*ones (signo/sentido, Derecho/costumbre; texto/contexto, derecho natural/positivo, etc.) a partir de las cuales se hizo posible lo que constituye el principal motor evolutivo del Derecho, a saber: la interpretación, esto es, la asignación de nuevos sentidos a unos signos escritos, y la adaptación de estos a

⁴³ ONG, *Oralidad y escritura*, 2016, p. 80.

⁴⁴ HAVELOCK, *La musa aprende a escribir*, 1996, p. 103 y s. El carácter proverbial de los imperativos de justicia se halla tanto en la *Iliada* como en la *Odisea*, y tanto en ellas como en Hesíodo los proverbios tienen un origen divino; también, BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, 1983, p. 62 [id. 59: «The expression of legal rules in poetic images helped to stamp them on the memory. (...) The law was contained in a multitude of proverbs»].

⁴⁵ TAYLOR, *The Masks of Society*, 1966, p. 4.

⁴⁶ HAVELOCK. *The Greek Concept of Justice*, 1978, p. 135, 136. La justicia oral, añade, «no consiste en un conjunto de principios preexistentes o en un conjunto de reglas impuestas por jueces a la luz de dichos principios», sino en «un símbolo o proceso vehiculado a través de la persuasión y la convicción orales»; similar, GAGARIN, *Writing Greek Law*, 2008, pp. 15 ss. (p. 16: «The oral and performative nature of the process being depicted is clear»); TODD, «Law and oratory at Athens», en GAGARIN/COHEN (eds.) *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, 2005, pp. 97 ss.

⁴⁷ HEINZ-LADEUR, *Die Textualität des Rechts. Zur poststrukturalistischen Kritik des Rechts*, 2016.

circunstancias sociales novedosas –y en último término al caso concreto⁴⁸–. Ese juego entre signo y sentido, estabilidad y apertura semántica, tradición e innovación, resume buena parte de la evolución del Derecho desde la Antigua Grecia. A partir de entonces la sociedad iba a remontarse siempre a un texto “originario” (un *corpus iuris*, una Constitución, etc.), pero a su vez iba a abrirse al cambio mediante la labor re-interpretativa⁴⁹. La escritura diferenció al Derecho de la sociedad también en lo relativo a la producción de nuevos espacios y tiempos. Frente al carácter asambleario y congregacional del juicio oral, ejercido en un espacio comunitario lleno de ruidos⁵⁰, la escritura genera espacios de justicia –las Cortes– separados de la sociedad, «recortados y destacados del mundo habitual»⁵¹, preparados para dar cabida a los nuevos ingredientes textuales (códigos, documentos, pinceles, ribetes, protocolos) que se superponen a la comunicación oral. De ellos va a emerger una nueva idea de justicia, menos dependiente del sentir popular (al menos en lo explícito) y más conectada a una racionalidad textual especializada (coherencia argumentativa, literalidad, sistematicidad, etc.). Los textos hicieron surgir, a su vez, un nuevo régimen temporal para el Derecho, un constante aplazamiento de la decisión, absolutamente crucial tanto para la contención de las prácticas vengativas como para el surgimiento de la noción de presunción de inocencia. Si bien estos logros evolutivos se sitúan en el plano moral, están claramente conectados con la distancia, tecnológicamente fundada, que emerge entre el conflicto y la aplicación de una ley escrita que es menester interpretar⁵².

Estas prestaciones, apenas esbozadas, sólo fueron completamente desarrolladas tras la invención y expansión de la imprenta, pues hasta bien entrada la modernidad la escritura fue un logro evolutivo con muy poca implantación social, y por lo tanto con una influencia decisiva pero limitada. Ahora bien, una vez la cultura impresa desplegó todos sus efectos, coincidiendo con una cierta alfabetización social, quedaron afianzados los mimbres socioculturales en los que el Derecho penal moderno pudo emerger⁵³. En la línea de lo que ha sostenido VESTING, muchos de los logros evolutivos que se atribuyen a la Ilustración –como fenómeno cultural– son anteriormente logros de la escritura impresa –fenómeno mediático–: la capacidad individual de reflexionar sobre y distanciarse del contenido de las normas, la nueva sensibilidad hacia el dolor y el rechazo hacia la tortura y otras formas de castigo cruel, el respeto a la individualidad y las libertades civiles, la cultura de la culpa, todo ello está relacionado con la nueva «interioridad subjetiva» que surgió de la mano de la literatura moderna y la reforma protestante, sucesos estos,

⁴⁸ LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, p. 254 ss.; también, THOMAS, «Writing, Law, and Written Law», en GAGARIN/COHEN (eds.) *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, 2005, p. 42; la dogmática penal, como hermenéutica de los símbolos (escritos) se inserta claramente en esa tradición, vid. ROBLES PLANAS, «La identidad de la dogmática jurídico-penal», *ZIS*, (2), 2010, p. 134.

⁴⁹ VESTING, *Die Medien des Rechts II: Schrift*, 2011, § 2/2.; sobre ello en relación con la escolástica de los siglos XI y XII, en los cuales se “textualizó” (es decir: se compiló, sistematizó y comentó) el Derecho romano y canónico, modificando radicalmente el estado de cosas propio del Derecho oral germánico que imperó desde el siglo VI: BERMAN, *Law and Revolution*, 1983, pp. 85 y ss.; también, GARCÍA DE LA TORRE, *La tentativa y el nacimiento de la ciencia penal europea. Bases para una reconstrucción contemporánea*, tesis doctoral inédita, UPF, 2020, Cap. I. El origen de la ciencia jurídica y la teoría del Derecho, que VESTING (*Rechtstheorie*, 2005, § 278) sitúa en el humanismo, lo encontramos por tanto mucho antes, precisamente en las élites universitarias y eclesiales que desarrollaron el método escolástico de análisis del Derecho.

⁵⁰ HAVELOCK, *The Greek Concept of Justice*, 1978 p. 136; GAGARIN, *Writing Greek Law*, 2008, pp. 17 s.

⁵¹ HUIZINGA, *Homo ludens*, 1972, p. 97.

⁵² HILGEBRANDT, en *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, p. 181: «Though a notion like the presumption of innocence is a moral notion, it is also connected with this distance, with the delay between the criminal charge and the conviction or the acquittal. In a society without a script and or one beyond the printing press our current understanding of the presumption of innocence may not work, because there is no res judicata, no imposed jurisdiction, no monopoly of violence; no need to interpret a text that is fixed on matter».

⁵³ HILGEBRANDT, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, pp. 174 ss.

a su vez, radicalmente conectados al surgimiento del libro impreso⁵⁴. También el surgimiento de una «esfera pública» de discusión y deliberación en el siglo XIX⁵⁵, la misma que actualmente es considerada por una parte de la ciencia penal –especialmente por K. GÜNTHER⁵⁶– como precondición de la legítima atribución de culpabilidad, se ha conectado con la impresión y difusión de prensa escrita. En fin, desde una epistemología medial incluso la moderna cultura de la legalidad –*lex scripta*, seguridad jurídica, accesibilidad de la ley a sus destinatarios– se revela como el producto principal que la cultura de la imprenta aguardaba para el Derecho⁵⁷. Esto es: resulta impensable sin una infraestructura mediática muy específica y, como en seguida se argumentará, actualmente en crisis.

4. Algunas hipótesis sobre la influencia del medio digital en el Derecho penal

La cultura jurídica basada en la escritura impresa y que se acaba de esbozar, sufrió una primera convulsión en los años 30 a raíz de la irrupción de los medios eléctricos⁵⁸. En los años 60 y de la mano del medio televisivo, se consolidó una “sociedad del espectáculo” que llevó esa crisis por otros derroteros. La última gran revolución mediática ha venido de la mano de internet y las tecnologías digitales, cuya expansión en las últimas décadas está transformando todas las dimensiones de la vida personal y social, a un ritmo e intensidad en muchos sentidos angustiante; está transformando, además, al resto de tecnologías de la comunicación, las cuales se vienen adaptando a la súbita hegemonía que la cultura digital está adquiriendo (no se escribe igual desde que existe internet, ni la televisión ha mantenido intactos sus lenguajes y formatos). La revolución cognitiva y sociocultural que ello supone está a la altura de la invención de la escritura o la imprenta: si éstas superpusieron al mundo de la oralidad un nuevo mundo textual, lleno de «signos a descifrar»⁵⁹ (en el cual, además, se instaló el propio Derecho), los medios digitales estarían superponiendo a todo ello un nuevo reino de lo virtual, con una acumulación sin precedentes de códigos, datos e imágenes consumidos a un ritmo vertiginoso. En oposición a la cultura que emergió del libro impreso, caracterizada por los teóricos de medios como cerrada, secuencial, rígida, fronteriza, especializada, reflexiva, racional y tantos otros atributos de lo que llamamos modernidad, la cultura que emerge de lo digital es radicalmente distinta: su carácter abierto, acumulativo, flexible, a-fronterizo, reticular, espontáneo, emotivo e interactivo nos

⁵⁴ VESTING, *Medien des Rechts III: Buchdruck*, 2013, § 5/1; HUNT, *Inventing Human Rights: A History*, 2007, p. 35, quien relaciona el declive del castigo como imposición de dolor físico y otras formas de tortura con la nueva sensibilidad que surgió de la lectura de novelas durante el siglo XVIII: producto cultural principal de la cultura impresa, las novelas generaron una nueva psicología, empática y sensible a las emociones ajenas, para la cual el castigo corporal fue deviniendo bárbaro e inaceptable, empujando a formas más “abstractas” de castigo, destacadamente la prisión; EISENSTEIN, *The Printing Press as an Agent of Change*, 1979; MCLUHAN, *Comprender los medios de comunicación*, 2006, pp. 185 s.

⁵⁵ HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1990; HONNETH, *Recht der Freiheit*, 2011, § III a.

⁵⁶ GÜNTHER, *Schuld und Kommunikative Freiheit*, 2005.

⁵⁷ Así, el expresivo pasaje del propio BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 2008, pp. 23 s., quien exhibiendo una cierta conciencia medial atribuye a la imprenta la no sólo el hacer depositario de las leyes al público, e incluso la disminución de la atrocidad de los delitos.

⁵⁸ Sobre la relación entre los convulsos años 30 y los medios eléctricos: MCLUHAN, *Comprender los medios de comunicación*, 1996, pp. 307 s.; HAVELOCK, *La musa aprende a escribir*, 1986, pp. 56 s.; también; VESTING, *Medien des Rechts IV: Computernetzwerke*, 2015, § 1/3. y ss. El medio impreso, por su parte, había contribuido durante el siglo XIX al surgimiento de un sentimiento nacionalista y a una enorme difusión de propaganda racista y antisemita presentada bajo el velo de textos científicos: al respecto ANDERSON, *Comunidades imaginadas*, 1993, pp. 63 ss.

⁵⁹ FOUCAULT, *Las palabras y las cosas*, 2006, pp. 35 ss.

coloca, como *homo digitalis*⁶⁰, en las antípodas del *typographicus*. Lejos, por tanto, del “sujeto” del Derecho moderno.

Desde el punto de vista de una epistemología medial, resulta obvio que los símbolos penales –como parte de la sociedad y la cultura– no escapan a la influencia de ese nuevo mundo, y que la labor del legislador penal, el abogado, el juez o incluso el académico está sufriendo graves irritaciones por el nuevo entorno mediático en el que cada uno de ellos –de nosotros– ejerce su función. En términos generales, la hipótesis es que buena parte de *las crisis* del Derecho penal –la de la presunción de inocencia, la del principio del hecho, la de la racionalidad político-criminal, la de la confianza en el sistema jurídico, etc.– están conectadas con una cierta obsolescencia de las modernas nociones de justicia. En otras palabras, que éstas han estado (más o menos) vigentes en un entorno mediático y cultural marcado por la cultura del libro impreso, y tan pronto como dicho entorno se ha transformado, aquellas han comenzado a mostrar signos de contraculturalidad y, por tanto, a verse sometidas a fuertes tensiones. A continuación, esbozaré más detalladamente esa hipótesis, poniendo el foco en tres dimensiones de la justicia penal: en la praxis deliberativa en materia político-criminal, en la práctica punitiva y en la labor judicial penal.

4.1. Irritaciones en la dimensión deliberativa de la política-criminal: las redes y el "disenso manufacturado"

A día de hoy es dominante la tesis de que la legitimidad del Derecho penal, como sistema que legisla e impone penas, tiene como preconditione la existencia de un sistema político libre e inclusivo, en el que los ciudadanos deliberan y reflexionan sobre el contenido de las normas y las políticas públicas penales, en un intercambio dinámico entre los roles de autor y destinatario de normas (en lenguaje de medios: de escritor y lector)⁶¹. La legitimidad del sistema político, por su parte, tiene sus propias condiciones. Sólo cuando existe un entorno propicio para la reflexión racional, la deliberación y el libre y honesto intercambio de perspectivas entre los diferentes partícipes del discurso es posible generar el tipo de *outputs* que a la postre han de ser considerados legítimos. Este paradigma, última mutación de la Ilustración en su intento de defender una racionalidad común, piensa lo político como una cuestión dialógica y no (o no sólo) como equilibrios estratégicos de poder: al dialogar aprendo sobre otros puntos de vista, advierto problemas que me parecían irrelevantes, relativizo mis propias opiniones y me expongo a ser convencido por el poder del mejor argumento. Los escenarios dialógicos inclusivos permiten obtener dos rendimientos fundamentales para la democracia: por un lado, la reducción del disenso, en el sentido de que las posiciones políticas de quienes se hablan y se escuchan tienden a acercarse, mientras que las de quienes se combaten estratégicamente sin escucharse tienden a alejarse y a mantenerse en sus propios burbujas y sesgos de confirmación⁶²; por otro, el aumento de legitimidad (percibida), pues una decisión sometida al debate público inclusivo tiende a ser vista como legítima a pesar de los resultados que pueda tener (“nos equivocamos, pero nos equivocamos todos”, dirían los participantes). El pegamento que une a los individuos y que los lleva a dialogar entre sí es la idea de ciudadanía: quienes dialogan se visualizan a sí mismos por lo que tienen en común –miembros de una ciudad–, y no por lo que tienen de diferente –la raza,

⁶⁰ STADLER, *The Digital Condition*, 2018; LOGAN, *Understanding New Media*, 2016; CASTELLS, *La Galaxia Internet*, 2001; sobre las implicaciones en el ámbito del derecho: VESTING, *Medien des Rechts IV: Computernetzwerke*, 2015; HEINZ-LADEUR, *Das Recht der Netzwerkgesellschaft*, 2015.

⁶¹ Por todos: GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, pp. 245 ss.

⁶² Sobre ello: HAIDT, *The Righteous Mind*, 2012.

el género, la clase social⁶⁵-. Como se adelantó, el surgimiento de dicha esfera pública de discusión fue una prestación de la escritura impresa: la idea misma de “esfera pública” es una virtualidad, cuya primera (y precaria) concreción histórico-material la hallamos en los grupos de discusión que emergieron durante el siglo XVIII alrededor de los primeros periódicos y revistas especializadas, que hicieron surgir una noción de lo “público” anteriormente inexistente⁶⁴.

El propio HABERMAS es consciente, en fin, de que construir una sociedad sobre la base de ese paradigma es una empresa ardua⁶⁵. Muchas de las dificultades tienen que ver con que a menudo es la propia constitución mediática de la sociedad la que conspira contra la consecución de una deliberación libre e inclusiva: por ej., cuando una élite o facción censura determinados discursos o monopoliza los medios de acceso a la esfera pública, o cuando los intervinientes no respetan las mínimas reglas del discurso y utilizan argumentos tramposos. Si bien las patologías de la esfera pública moderna –esto es: de la que emergió de la cultura impresa– tenían que ver con su carácter infra-inclusivo (sólo varones los burgueses tenían acceso a los contenidos textuales de la deliberación)⁶⁶, las dificultades a partir de la segunda mitad del siglo XX cambiaron de signo: desde los años 80, la esfera pública democrática se fue degradando por la influencia de la televisión privada y “la mercantilización de la atención pública” que ella supuso; también por el cambio en las reglas del discurso público, el cual se ha ido asemejando progresivamente al formato simple, breve, dramático y entretenido propio del mundo del entretenimiento y el espectáculo⁶⁷. Como sostuvo DEBORD, el espectáculo es «lo opuesto al diálogo»⁶⁸.

Si uno observa, por ejemplo, el modo en que se desarrollan las “tertulias televisivas” relativas a asuntos penales, verá que en ellas no hay nada que se parezca a una deliberación: todo lo que allí encontramos es una teatralización espectacular en la que cada tertuliano busca satisfacer a su tribu (derecha/izquierda; conservadurismo/progresismo; etc.) a costa de ridiculizar y humillar al contrario, con una total indiferencia hacia las razones que éste pueda ofrecer, y con la presión de generar la suficiente polémica como para mantener los niveles de audiencia. Ganar en esas tertulias no es convencer al contrario o aprender algo de él. Ganar significa un video viral en *Youtube* subido por un compañero de tribu en la que el otro aparece humillado –en lenguaje coloquial, se trata de la “cultura del ¡Zasca!”-. Sin embargo, incluso las tertulias televisivas han cambiado radicalmente tras la irrupción de las redes digitales: los debates televisivos especializados y “densos” argumentalmente que todavía existían en los años 80 y 90 han perecido en favor de tertulias altamente dramatizadas y sensacionalistas; la razón del cambio, según la teoría de medios, es que el propio lenguaje televisivo, que antes tenía que competir con lo impreso (y por lo tanto imitar sus formatos), ahora compite con Internet, lo que le obliga a formatos más agresivos.

Las redes sociales están sometiendo a nuevas e intensas tensiones al ideal discursivo, y poco a poco se viene relativizando su descripción inicial como motor democratizador: la lógica de las redes es algorítmica y popular, pero no necesariamente democrática⁶⁹. En primer lugar, los

⁶⁵ Las referencias fundamentales: HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 1998, especialmente Cap. VII y VIII; sobre la cuestión de la ciudadanía, ver pp. 632 ss.; ARENDT, *La condición humana*, 1993, pp. 59 ss.

⁶⁴ HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1990.

⁶⁵ HABERMAS, «Political Communication in Media Society», *Communication Theory*, (16-4), 2006.

⁶⁶ HONNETH, *Recht der Freiheit*, 2013, § C. III.3.a.; STADLER, *The Digital Condition*, 2018, pp. 12 ss.

⁶⁷ Sobre esta transformación, fundamental: POSTMAN, *Amusing Ourselves to Death*, 2005; WILLIAMS, *Television: Technology and Cultural Form*, 1974; GARLAND, *La cultura del control*, 2005, p. 103; ALBRECHT, *ZStW*, (111), 1999, p. 888; VESTING, *Medien des Rechts IV: Computernetzwerke*, 2015, § 4/3.2; p. 155 ff. HONNETH, *Recht der Freiheit*, 2013, § C. III.3.a.

⁶⁸ DEBORD, *Sociedad del espectáculo*, 2015, § 18.

⁶⁹ STADLER, *The Digital Condition*, 2018, pp. 127 ss., quien argumenta que los nuevos medios han consolidado una

contenidos digitales no están sometidos a filtro editorial alguno que garantice su calidad discursiva o periodística, sino que son procesados por códigos algorítmicos corporativos, los cuales determinan su visibilidad en función de criterios de popularidad del emisor (se habla de *influencers*) y coincidencia; *a priori*, no obstante, cualquier usuario puede informar, comentar y compartir contenidos en la red, lo que genera beneficios en términos de apertura y participación en la producción de sentido, y riesgos en lo relativo a la calidad y veracidad de los contenidos⁷⁰. Por otra parte, los algoritmos personalizan la información: a diferencia de los medios de masas tradicionales, que se dirigían simultáneamente a una audiencia masiva,⁷¹ el discurso digital se dirige individualmente a cada usuario, el cual recibe comunicaciones acordes a la identidad digital que un sofisticado sistema de vigilancia registra sobre él. Se trata de un bucle de retroalimentación: la información se adapta al usuario, y a la vez el usuario va siendo moldeado por el algoritmo. Con ello, el imaginario penal colectivo, esto es, el conjunto de símbolos mediante los cuales se comunica que algo es “peligroso”, “seguro”, “criminal” o que está “prohibido”, se fragmenta progresivamente en múltiples burbujas⁷². De ese modo, la propia existencia de una “esfera pública común” sobre la que construir consensos colectivos corre el riesgo de resquebrajarse en favor de una visión “agonista” de la misma⁷³, confirmando por la vía tecnológica una lectura *schmittiana* de lo político como antagonismo, reivindicada –*contra Habermas*– por teóricos del populismo como Chantal MOUFFLE⁷⁴. De modo que, si el efecto patológico de los medios de masas tradicionales (periódicos y televisión) era que producían una especie de «consenso manufacturado»⁷⁵, en este caso el temor es que los medios digitales estén produciendo algo así como un “disenso manufacturado”: las diferentes tribus digitales están llamadas a no ponerse de acuerdo, en la medida en que no comparten un mundo en común y, además, el que cada una tiene resulta a menudo incomprensible para el resto.

La comunicación digital no sólo se caracteriza por la fragmentación algorítmicamente producida, sino también por la presión por la viralidad. Si bien en la sociedad oral la simplificación del mensaje legal en refranes o proverbios era una respuesta a la presión mnemotécnica, en la actual era digital la presión está relacionada con la exigencia de que los contenidos sean virales, esto es, fácil y rápidamente reproducibles. La viralidad de un contenido (la noticia de un crimen, la

especie de «post-democracia», donde lo que se produce es una «participación sin ejercicio real de poder» por parte de los usuarios; en pocas palabras, las redes están abiertas a todo el que tenga medios para conectarse a ellas, sin embargo las reglas algorítmicas que las gobiernan están controladas por una élite hiper-extractiva; fundamental, HINDMAN, *The Myth of Digital Democracy*, 2009.

⁷⁰ Se ha de tener en cuenta que el problema de la *fake news* es complejo y no se puede circunscribir a la influencia de las redes, ver: MIRÓ-LINARES/AGUERRI, «Misinformation about fake news: A systematic critical review of empirical studies on the phenomenon and its status as a 'threat'», *European Journal of Criminology*, 2021.

⁷¹ En palabras de ANDERSON, *Comunidades imaginadas*, 1993, a “comunidades imaginadas”, definidas precisamente por compartir un mundo en común mediáticamente constituido.

⁷² PARISER, *The Filter Bubble*, 2012; SUNSTEIN, *Republic.com 2.0.*, 2009; STADLER, *The Digital Condition*, 2018, pp. 101 s.

⁷³ Así, HABERMAS, *Communication Theory*, (16-4), 2006, p. 423: «In the context of liberal regimes, the rise of millions of fragmented chat rooms across the world tend instead to lead to the fragmentation of large but politically focused mass audiences into a huge number of isolated issue publics»; HONNETH, *Recht der Freiheit*, 2013, § C. III.3.a.

⁷⁴ MOUFFE, *On the Political*, 2005, pp. 13 ss., quien reivindica la teoría de SCHMITT según la cual lo político se constituye en torno al antagonismo entre amigo y enemigo; si embargo, para MOUFFE y a diferencia de SCHMITT, la política se constituye no antagonica sino “agónica”, lo que quiere decir que la relación entre el “nosotros” y el “ellos” es de adversarios, no enemigos, los cuales comparten un “espacio simbólico común” (p. 20), lo cual, igual que en el planteamiento discursivo de HABERMAS, tiene pre-condiciones mediáticas determinadas; siguiendo a MOUFFE, LACLAU, *La Razón Populista*, 2018, pp. 212, quien se suma a la crítica del “sueño del consenso racional” habermasiano; también, FRASER, «Rethinking the Public Sphere», *Social Text*, (25-26), 1990, pp. 56-80.

⁷⁵ HERMAN/CHOMSKY, *Manufacturing Consent: The Political Economy of the Mass Media*, 1988.

imagen de un criminal, una propuesta política) está relacionada con la codificación algorítmica, y esta es variable, dinámica y difícil de describir en términos generales –además de incontrolable para el usuario⁷⁶–. Un vistazo a las tendencias de *twitter* o a los mensajes virales de *Whatsapp* revela que la comunicación exitosa –en el ámbito penal– tiende a adoptar formas extremas, agresivas, poco matizadas, con alta carga emotiva, con primacía de la perspectiva de la víctima y con escasa complejidad discursiva⁷⁷. En las redes sociales, cualquier intento de argumentación matizada, de construcción de consensos o de comprensión del adversario (aquí: el delincuente) es fácilmente caricaturizable con argumentos *ad hominem*; los memes, las *shitstorms*, los *stickers* y los eslóganes circulan mucho más masivamente que los argumentos o los análisis en profundidad –que también los hay, no obstante, en las redes–. En ese sentido, la doctrina ha tendido a atribuir la *eslogización* del discurso penal a una estrategia populista de conectar la legislación con las intuiciones y con el «sentido común» popular⁷⁸. Sin negar lo anterior, la hipótesis sería que la utilización de fórmulas simples e impactantes (“*Life means Life*”, “*Three Strikes*”, “*Zero Tolerance*”, “*No means no*”, “*victims first*”, “*Black lives Matter*”, “*sólo sí es sí*”) revela además un “efecto adaptación” de la cultura penal al nuevo entorno mediático y a las formas de comunicación rápida, a modo de «descarga emotiva instantánea»⁷⁹ que éste promueve.

Otro efecto transversal de los medios digitales en la cultura penal tiene que ver con un proceso de “popularización” en la comunicación, de hecho, análogo al que produjo la imprenta en la Edad Media. Si el medio impreso abrió la creación, distribución y consumo de contenidos políticos y culturales a una población más amplia que en la exclusivista era del manuscrito⁸⁰, los medios digitales la han abierto de manera mucho más indiscriminada, generando canales de participación en la producción y negociación de sentidos que anteriormente no existían. La creciente importancia de los “gestores atípicos de la moral” en la política penal tiene mucho que ver con ese proceso y con la cultura del ciberactivismo o *hashtag activism* que ha emergido en las últimas décadas. Mientras la atención pública estaba monopolizada por los periódicos y la televisión, la posibilidad de atraer atención hacia una causa estaba muy limitada por los filtros editoriales, de modo que emprender una cruzada moral tenía costes elevados. Los nuevos medios minimizan drásticamente esos costes, no sólo porque cualquiera puede publicar videos o mensajes en Facebook o Twitter y poner en marcha pánicos morales virales, sino también porque la propia red social pone a disposición del cruzado un enjambre infinito de potenciales simpatizantes, con los que además puede interactuar instantáneamente y organizarse para presionar a políticos, periodistas y otros profesionales, y en el extremo –no infrecuente– linchamientos contra quienes funcionan como “chivos expiatorios” del mal contra el que se combate (sea la inmigración, el patriarcado, el comunismo y un largo etcétera)⁸¹. El horizonte de toda esta actividad digital no es sólo cambiar la legislación y aumentar la protección del colectivo

⁷⁶ STADLER, *The Digital Condition*, 2018, pp. 104 ss.

⁷⁷ HAN, *En el enjambre*, 2014; EL MISMO, *Digitale Rationalität und das Ende des kommunikativen Handelns*, 2013; VESTING, *Die Medien des Rechts IV: Computernetzwerke*, 2015, § 4/3.2.

⁷⁸ PRATT, *Penal populism*, 2006, p. 22.

⁷⁹ HAN, *En el enjambre*, 2014, pp. 13 ss. Al respecto decía un ingenioso periodista que «cuando desbordan Twitter y recalán en WhatsApp, los tuits más exitosos ya están maduros para transportarse al Congreso, donde los diputados los interpretan entre aspavientos»; «el Congreso – concluía– es el Estudio Estadio de Twitter, el resumen semanal de los tuits más aclamados, ingeniosos o agresivos repetidos al micrófono por sus autores, los diputados» (JABOIS, M., «Fase 0 en el Congreso, y bajando», *El País*, 20 de Mayo de 2020).

⁸⁰ Cfr. EISENSTEIN, *The Printing Press as an Agent of Change*, 1979; VESTING, *Die Medien des Rechts III: Buchdruck*, 2015, § 2/1.2.

⁸¹ Sobre todo ello, fundamental: CAMPBELL/MANNING, *The Rise of Victimhood Culture*, 2018, pp. 63 ss.; HIER, «Moral panics and digital-media logic: Notes on a changing agenda», *Crime, Media, Culture*, (15-2), 2019, pp. 379 ss.

vulnerable a costa de una mayor criminalización del opresor, sino también utilizar los símbolos penales para vencer en las guerras culturales⁸².

El medio digital ha hecho emerger, en suma, un enjambre de individuos fluidamente interconectados a través de pantallas, constituidos por identidades a la vez vaporosas y excluyentes y por burbujas informativas, más orientados al entretenimiento emotivo-agresivo que a la participación deliberativa. En un contexto así, el delincuente tiende a aparecer no como ciudadano sino como enemigo, en su condición de extranjero, varón dominante, marginado social, élite corrupta, etc.; mientras que la víctima aparece como una voz incensurable, como arma de batalla político-cultural cuya imagen hay que martirizar en las redes sociales, incluso en contra de su propia voluntad (como ocurrió en el caso de la madre del llamado “pescaito”)⁸³. La hipótesis es, en este punto, que existe un nexo a menudo inadvertido entre estas tendencias político-criminales, que tienden a ser aglutinadas –no sin cierta razón– bajo el rótulo de populismo penal,⁸⁴ y la irrupción de los medios digitales: a éstos se les atribuye habitualmente un potencial democratizador, sin embargo, manifiestan una tendencia a fragmentar y polarizar emocionalmente a las audiencias y por lo tanto conducen a un (nuevo) alejamiento del contexto deliberativo ideal.

4.2. Irritaciones en la práctica punitiva: el medio digital y el castigo colaborativo

También la pena –como símbolo de reproche– sufre intensas irritaciones al entrar en contacto con el entorno digital. En primer lugar, y en cierto modo actualizando muchos de los rasgos que tuvo en las culturas orales, el castigo ha sufrido un proceso de “popularización” y “privatización” que tensiona el carácter público y garantista que se le atribuye desde la modernidad⁸⁵. En síntesis, estarían ocurriendo dos fenómenos yuxtapuestos: por un lado, un proceso por el que el entorno mediático –principalmente las redes, en simbiosis con medios de masas más tradicionales– ofrece a sus usuarios un sistema de “justicia paralela” al sistema penal estatal, que a veces lo complementa y otras veces lo desplaza; por otro, un proceso en virtud del cual el propio castigo estatal está *digitalizándose*, y en esa medida está transformando su contenido comunicativo, concretamente, la naturaleza y alcance del estigma. Como resultado, la gestión del proceso de estigmatización está hoy en manos de una especie de leviatán híbrido donde se mezcla lo *público*, lo *privado* y lo *popular*, en el que el Estado es sólo un agente más de un *continuum* formado por las redes, los buscadores y el resto de medios, las corporaciones (principalmente las tecnológicas), como también renovados gestores atípicos de la moral y por supuesto las propias audiencias y las víctimas.

Dentro del espectro de las prácticas punitivas, los efectos de la cultura digital se observan principalmente en los procesos de justicia paralela resultantes en acosos, linchamientos o acusaciones populares –lo que se ha venido llamando “cultura de la cancelación”–. Su hibridación con el proceso penal formal es compleja y variable: en ocasiones el juicio paralelo se adelanta e incluso hace surgir al proceso público, a veces funciona simultáneamente, a veces

⁸² WILENMANN, «Framing meaning through Criminalization», *New Criminal Law Review*, (22-1), 2019.

⁸³ Sobre el dispositivo de la “victimización”, GIGLIOLI, *Crítica de la víctima*, 2017.

⁸⁴ PRATT, *Penal populism*, 2006; LARRAURI, “Populismo punitivo y cómo resistirlo”, *RJD*, (55) 2006, pp. 15-22; ampliamente: CIGÜELA SOLA, *REDPC*, (22-12), 2020.

⁸⁵ LAGESON/MARUNA, «Digital degradation: Stigma management in the internet age», *Punishment & Society*, (20-1), 2018, p. 115: «the internet has created a space for a partial return to the sort of public engagement in the punishment process described by Durkheim».

llega más tarde y una vez el sujeto ha sido declarado inocente, y en otras tiene lugar sin que el caso llegue jamás a conocimiento de un Tribunal. Estos procesos no deben confundirse con prácticas institucionalizadas de justicia popular como el jurado o los procesos de justicia restaurativa; tampoco se trata de actos de violencia arbitraria, ni de disturbios u otras formas de violencia colectiva aparentemente irracionales. Al contrario, las prácticas de justicia paralela, siendo informales o contra-institucionales, se auto-conciben como actos legitimados por el grupo social al que dicen representar (“la nación”, “las mujeres”, “las víctimas”, “el barrio”, etc.). Como ha documentado Sarah E. LAGESON, quienes los ejecutan suelen hacerlo con el pretexto de que las instituciones públicas no responden a las necesidades reales de la comunidad y de las víctimas, por ser ineficientes, indulgentes o elitistas, razón por la cual la propia “comunidad” –a menudo: el enjambre digital– debe protegerse a sí misma aplicando sus propios métodos de justicia⁸⁶. De algún modo, los juicios paralelos serían la extensión en el ámbito penal de toda una cultura “colaborativa” típicamente digital: del mismo modo que uno busca simpatizantes en las redes para causas benéficas o para una iniciativa empresarial (*crowdfunding*, en argot), lo busca para movilizar el castigo informal de un infractor (*crowdpunishing*, en este caso).

Esta transformación tiene mucho que ver con los efectos tanto psicológicos como culturales del medio digital: para una mente moldeada por la espontaneidad, la agilidad y la falta de filtros de dicho medio, la expectativa de tener que pasar por el lento y burocrático proceso penal formal, con sus exigencias probatorias, sus garantías para el acusado, sus largas esperas y sus requerimientos formales, constituye una alternativa crecientemente contracultural. ¿Qué razón habría para esperar años a que un juez determine si tengo razón y el otro merece un castigo, cuando puedo movilizar, en apenas unos minutos y a través de las redes, a un enjambre de simpatizantes anónimos para que me reconozca como víctima, declare al agresor como culpable y presione para que le despidan del trabajo, le acosen y le linchen en la hoguera digital? Efectivamente hay muchas razones, todas las que fundamentan el carácter garantista y público del proceso penal, entre ellas que nadie sabe qué normas son las que se aplican, conforme a qué pruebas, ni qué legitimidad tiene un grupo de usuarios de Twitter para administrar el estigma penal. El problema es que esas razones han dejado de resultar sugerentes para mucha gente, y buena parte de ese desapego respecto de las instituciones forma parte del mensaje que el medio digital porta consigo en lo relativo a la administración de bienes y servicios (también los públicos)⁸⁷. La hipótesis sería que de las redes emerge un tipo de subjetividad que, aun cuando no renuncia a exigir al Estado protección y reconocimiento, contempla de modo creciente alternativas mediante las cuales agilizar sus reclamos. Así, redes como Facebook o Twitter ejercen a la perfección el papel de “comunidad sustitutiva”, tanto en lo relativo a la vigilancia de la criminalidad, la “cancelación” del adversario, como también en relación con el soporte emocional, todo ello sin apenas mediaciones, instituciones, cargas probatorias o procedimentales, a golpe de *clicks* y *likes*⁸⁸.

Allá donde –como en EE.UU.– el propio Estado digitaliza el conjunto de operaciones policiales y judiciales, y además las publicita bajo el pretexto de garantizar el acceso a la información pública,

⁸⁶ Fundamental: LAGESON, *Digital Punishment*, 2020, sobre las racionalizaciones de quienes emplean métodos de justicia paralela: pp. 91 ss.; una justificación clásica desde el prisma de la izquierda política: FOUCAULT, «On popular justice: A discussion with Maoists», en *Power-Knowledge*, 1977, p. 32.

⁸⁷ En ese sentido, GARAPON/LASSEGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, 2018.

⁸⁸ CAMPBELL/MANNING, *The Rise of Victimhood Culture*, 2018, p. 259, quienes sostienen que las redes no sólo facilitan el acceso a las instituciones que están a cargo de perseguir el crimen (y por lo tanto estimulan una cultura de la denuncia), sino que además generan un acceso directo a un enjambre digital que actúa en sí mismo como autoridad substitutiva.

lo que hace es contribuir a la privatización y popularización de la gestión del estigma penal. Con ello, como ha destacado LAGESON, los datos relativos a la justicia penal pasan a convertirse en mercancías al servicio de la incipiente industria del dato, la cual los colecta, sistematiza y vende a otras empresas interesadas en dicha información (compañías de seguros, bancos, farmacéuticas, etc.); como también en información a explotar por colectivos que ejercen como *digilantes*, esto es, creadores de contenido (*bloggers, youtubers*), operadores *web* y administradores de redes sociales que se auto-atribuyen la función de “proteger los barrios” por medio de la recolección, sistematización y publicación de todo tipo de información relacionada con la seguridad penal (identidades de agresores, espacios y calles inseguras, propuestas políticas discutidas en tiempo real, etc.)⁸⁹. Este fenómeno, aún anecdótico en Europa, ha adquirido en Estados Unidos una dimensión escalofriante, con cientos y miles de *webs* y grupos de Facebook informando sobre la identidad de personas arrestadas, acusadas o condenadas por un delito, las cuales quedan socialmente degradadas y perjudicadas a la hora de obtener trabajos, vivienda o vínculos sociales. Detrás del fenómeno de recolección y publicación de datos estigmatizadores hay, además, todo un entramado económico, con empresas especializadas en borrar el estigma digital a cambio de grandes sumas de dinero, a menudo con pocos visos de éxito⁹⁰.

El mensaje del medio digital es, por tanto, la popularización y privatización de la justicia penal tanto a nivel sancionatorio como a nivel preventivo-policial. Esa hibridación de lógicas, medios y audiencias en la gestión del estigma penal conduce a un constante choque de normatividades: la normatividad jurídico-pública, definida por espacios fronterizos (el Estado), procesos burocratizados y garantías y conceptos rígidos (esto es: escritos), colisiona y compite frente a una normatividad algorítmica que diluye los contornos clásicos del castigo y, de algún modo, los hace implosionar. Frente a aquella opone un estigma caracterizado de modo muy diverso: (i) *des-espacializado*, pues internet desconoce fronteras, y la plaza pública en la que se avergüenza al condenado es hoy la propia «pantalla global»⁹¹; (ii) *des-burocratizado*, pues las normas y procesos son sustituidos por el algoritmo y la comunidad digital; (iii) *imprescriptible*, pues los medios digitales tienden a ser medios sin olvido; (iv) con lógicas de selección diversas, ya que los juicios digitales no siempre responden al clásico modelo “*top-down*”, sino que circulan igualmente bajo las reglas de la viralidad, las cuales implican que el mensaje se reproducirá más cuanto más célebre o público sea el “señalado”, como también cuanto más encaje el caso en cuestión en las lógicas de las guerras culturales y la polarización⁹²; (v) con reglas laxas no pre-definidas, que

⁸⁹ LAGESON, *Digital Punishment*, 2020, pp. 91 ss.

⁹⁰ LAGESON, *Digital Punishment*, 2020, pp. 137 ss. El curso de acontecimientos tiende a ser el siguiente: la policía o los juzgados publican la información y la foto de sus arrestos y otras operaciones, y todo ello es replicado y diseminado rápidamente por cientos de *webs* privadas, tanto a pequeña escala (“*digilantes* locales”) como a gran escala (grandes repositorios de información como Mugshots.com). Dado el interés que despierta el fenómeno en las redes, como también la habilidad de los gestores de páginas web para situarse en las primeras filas de buscadores, la identidad de personas arrestadas o acusadas (muchas de ellas nunca condenadas) queda accesible con tan sólo teclear el nombre en google. Algunas de estas webs (por ej. Arrests.com) tienen un formato abiertamente *voyeurístico*, de modo que los usuarios pueden comentar las fotos de los arrestados e incluso etiquetarlas como “*Scary*” o “*hotties*”; la gran mayoría, no obstante, usan cuidadosos “*disclaimers*”, incidiendo en que no se responsabilizan de la veracidad de los datos publicados, y que lo hacen al amparo (confirmado judicialmente) de la primera enmienda. Borrar el estigma digital es prácticamente inaccesible para la mayor parte de afectados (requiere dinero, habilidades tecnológicas y abogados especializados), y las empresas cobran por borrar los datos de algunas plataformas, pero apenas son capaces de impedir que sean replicadas por otras.

⁹¹ LIPOVETSKY/SERROY, *La pantalla global*, 2009.

⁹² JEWKES, *Media & Crime*, 2015, pp. 57 ss.; HAN, *En el enjambre*, 1014, p. 16, habla del espacio digital como uno de “jerarquías allanadas”, donde también se señala al de arriba; sobre las guerras culturales y la penalidad, CIGÜELA SOLA, *REDPC*, (22-12), 2020; CORRECHER MIRA, «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret*, (2), 2021, pp. 90 ss.

emergen *ad hoc* del propio *chat* digital multitudinario, en un sentido muy similar al que se producía en las sociedades orales, es decir, en función de la correlación de fuerzas y de la capacidad persuasiva de los intervinientes en la comunicación; (vi) y con una economía también radicalmente distinta, pues los costes de estigmatización son potencialmente nulos (uno puede participar incluso desde el anonimato), y el enjambre puede movilizarse en cuestión de minutos y conseguir que su objetivo sufra una instantánea degradación social. En suma, el medio digital estaría contribuyendo al surgimiento de una nueva sensibilidad hacia la justicia penal: menos institucional, especializada, legalista, garantista, vertical y culpabilística, y más popular, algorítmicamente conducida, corporativa, agonística, horizontal y vergonzante. No se trata, desde luego, de idealizar al “buen y viejo Derecho penal liberal”, sino de alertar sobre lo siguiente: a los problemas que ya le conocemos (selectividad, desproporcionalidad, lentitud), se están añadiendo otros nuevos, con características y orígenes distintos.

Las consecuencias jurídico-prácticas que ello tiene son evidentes. Nombraré sólo una, creo que la principal: lo anterior conduce a que el semi-automatismo con que los jueces consideran que los juicios paralelos (incluso los más graves)⁹⁵ son irrelevantes para la integridad y validez del proceso sea cada vez más insostenible, por excesivamente formalista. Por ello, no sólo es necesario repensar el equilibrio en estos casos entre libertad de información y derechos del acusado, sino que, en la línea apuntada por SILVA SÁNCHEZ⁹⁴, resulta necesario explorar en qué casos el estigma del castigo popular es suficiente aflicción como para que el castigo estatal resulte total o parcialmente injustificado. Lo anterior es más cierto cuanto más imputable sea el juicio paralelo a una excesiva e inadecuada publicitación del caso por parte de las propias instituciones estatales; en estos casos se añadiría, a la equivalencia funcional entre aflicciones, una segunda razón para atenuar, a saber, que el Estado que provoca injustificadamente un juicio paralelo altamente estigmatizador pierde legitimidad para castigar posteriormente al sujeto que lo sufre.

4.3. Irritaciones en la labor judicial: el juez y el ruido digital

La nueva ecología mediática que surge tras la irrupción de los medios digitales podría estar afectando también a la labor judicial, concretamente a la capacidad del juez de independizarse de las corrientes de opinión; esa es, al menos, la tesis que una epistemología medial está llamada a explorar⁹⁵. Lo cierto es que la idea de independencia judicial sólo pudo emerger en estadios de avanzada textualización del Derecho: el juez como funcionario especializado en la lectura e interpretación de textos, también en la argumentación y motivación escrita, refleja un tipo de racionalidad jurídica claramente deudora de la escritura. Ésta cimentó la idea de que el juez está vinculado al “texto legal” y no al sentir popular, la tradición o las necesidades comunitarias. Lo cierto es que la idea de independencia judicial es completamente ajena, incluso extravagante, para las sociedades preliterarias, esto es, aquellas cuya interacción es primordialmente oral. En ausencia de registros escritos o procesos probatorios documentales, el proceso en sociedades orales (como las tribus) es necesariamente un proceso popular y poco especializado: en ellos la presencia de la colectividad tiene como objetivo facilitar la retención del mensaje, pues «la memoria del público es la única forma de atestiguar la promesa o el acuerdo»⁹⁶. Lo que ocurre, conforme a la tesis aquí expuesta, es que ello condiciona la naturaleza misma del juicio, pues al desarrollarse en “espacios acústicos y simultáneos”, donde los grupos sociales interactúan,

⁹⁵ Al respecto, el excelente análisis de: SIMÓN CASTELLANO, «Internet, redes sociales y juicios paralelos: un viejo conocido en un nuevo escenario», *Revista De Derecho Político*, (1-110), 2021, pp. 185-228.

⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, p. 116.

⁹⁵ RAVID, «Judging by the cover», *Southern California Law Review*, (93-6), 2020, pp. 1121 ss.

⁹⁶ HAVELOCK, *The Greek Concept of Justice*, 1978, p. 137.

hablan y se pronuncian en favor de una u otra decisión, el acto mismo se vuelve intensamente dependiente de la presión popular. BOHANANN evidencia el papel de la audiencia al comentar un juicio comunitario en la tribu de los Tiv, muy similar a los juicios de la Grecia preliteraria, como también al Derecho medieval de los pueblos germánicos⁹⁷:

«Concurrence of the litigants never occurs without concurrence of the entire community: no one is ready to make concessions while any portion of public opinion still supports him. It is the opinion of the community which forces concurrence. Judging, like all other activities of Tiv leaders, consists largely in the timely suggestion of what the majority thinks is right or desirable»⁹⁸.

No es, en fin, que la presión popular moldee la aplicación de un Derecho que estaría ya predefinido (esto sólo es posible con la escritura), sino que el Derecho mismo sólo es realizado cuando se aplica en forma de compromiso *ad hoc* entre la tradición (oral), las necesidades situacionales y el respaldo popular expresado mediante ruidos. Parafraseando a GAGARIN, el juicio oral constituye básicamente una performance oral comunitaria y, en esa medida, sus actores –especialmente los decisores– están «condicionados por la audiencia y su respuesta»⁹⁹. La escrituración del Derecho cambió el paradigma en lo relativo al rol del juez: de la mano de la cultura legal impresa, el juez dejó de ser un especialista en “sentir” estados de ánimo populares y consensos para convertirse en un experto en el tratamiento de los textos escritos y en la justa aplicación del Derecho. Hasta cierto punto, la escritura desplazó la atención del juez desde el ruido tribal hacia el texto legal¹⁰⁰. Este desplazamiento tuvo además una expresión tanto en los espacios como en los tiempos de la labor judicial: si el juez oral decide en el mismo momento y en medio del ruido comunitario, el juez de la cultura escrita lo hace aislado en una oficina administrativa, “entre papeles”, en la que se toma el tiempo necesario para interpretar los textos, repensar las pruebas y redactar la sentencia, tomando cierta distancia respecto de las pasiones y emociones sociales –y a la vez mitigándolas con el mero paso del tiempo–. La idea de que el Derecho siempre “llega tarde”, a menudo vista como patología, constituye una prestación característica del Derecho escrito a la pacificación social; la reacción instantánea forma parte del reino tecnológico, lo propio del jurídico es la alta selectividad de reclamos, la maduración de los temas y a menudo la no-reacción como respuesta¹⁰¹. Según este paradigma, la conexión entre la labor judicial y el sistema social es de tipo abstracto –las interpretaciones del texto legal tienen que ser acordes con el *Zeitgeist*, sea lo que sea lo que esto indique¹⁰²–, y poco tiene que ver con la influencia directa y concreta que la audiencia tenía sobre la decisión del juez de la cultura oral.

⁹⁷ BERMAN, *Law and Revolution*, 1983, pp. 52 y 58 [en relación con el juicio: «The outcome was usually subject to interpretation by consensus of the community»]; GAGARIN, *Writing Greek Law*, 2008, pp. 18 ss.

⁹⁸ BOHANNAN, *Justice and Judgement among the Tiv*, 1957, p. 65.

⁹⁹ GAGARIN, *Writing Greek Law*, 2008, pp. 17 s. («dikazon –to perform a dike– designates from the beginning a verbal process or speech act»; p. 22: “It is well recognized that the audience is a crucial participant in any performance: every performer performs for an audience and his performance is conditioned by his audience and its response»); también, WINTER, «The Aboriginal Political Structure of Bwamba», en MIDDLETON/TAIT (eds.), *Tribes Without Rulers*, 1958, pp. 145 s.

¹⁰⁰ Fundamental, sobre ese tránsito en la baja Edad Media y su influencia en el origen del derecho Occidental: BERMAN, *Law and Revolution*, 1983, pp. 121 ss.

¹⁰¹ BOHANAM, «The Different Realms of Law», *American Anthropologist New Series*, (67-6), Part 2: *The Ethnography of Law*, 1965, pp. 33 ss.

¹⁰² Así, Ruth BADER-GINSBURG, al afirmar que los jueces «pueden tener en cuenta el clima de la época, sí, pero no la temperatura del día, no lo que los periódicos están reportando» (*Nomination of Ruth Bader Ginsburg, to be Associate Justice of the Supreme Court of the United States: Hearing Before the Comm. on the Judiciary, 103rd Cong. 303, 1993*). Una revisión detallada, y a pesar de ello poco operativa, del concepto de *Zeitgeist*, en PAWLIK, «Das Strafrecht der Gesellschaft», en KINDHÄUSER et al. (eds.), *FS-Jakobs*, 2019, pp. 217 – 256.

Pues bien, también en este ámbito se observa una cierta irritación. La hipótesis sería que los medios digitales están incrustando la decisión judicial en un nuevo “espacio de ruidos simultáneos” y, con ello, haciéndolo más sensible a la presión popular: en este caso no se trata del ruido acústico de la comunidad tribal, sino del ruido producido en redes sociales y sus múltiples “ecos” en el sistema social y político¹⁰⁵. Así lo expresó Jeremy FOGEL, antiguo Juez Federal en EE.UU.:

«I don't know of any judges who wake up and read Twitter and figure that's how they're going to decide their cases that day. But what's happened is it's harder and harder to insulate yourself from what's going on in the community. You see the stuff people are saying and the ways people are receiving things, and in some ways, it imbeds itself in your consciousness»¹⁰⁴.

Lo que las anteriores palabras reflejan es básicamente las dificultades que la labor judicial encuentra al entrar en contacto con un entorno mediático radicalmente distinto de aquel que hizo emerger la noción de autonomía del juez. La preocupación por la presión popular, constante desde la consolidación de la prensa y la televisión, adquiere rasgos distintivos cuando de lo que se trata es de la influencia de los medios digitales. La tecnología digital (móviles inteligentes, *tablets*, etc.) invade el espacio judicial¹⁰⁵ –como invade las casas, las aulas o los Parlamentos–, y con ello introduce un ingrediente que antes no estaba: de repente es posible “sentir” en tiempo real la reacción popular a las declaraciones de acusados y testigos, a los gestos del juez, también las reacciones de los gestores atípicos de la moral y las víctimas al curso del proceso. Aparecen, en fin, todo un cúmulo de ruidos que envuelven al juicio, los cuales modifican la estructura de incentivos que opera en la mente de sus actores. De nuevo, el ingrediente de hipereposición mediática cambia el contenido del mensaje judicial. Pensemos en el llamado juicio del *Procès*, perfecto campo de experimentación al respecto: sabiéndose observados por audiencias difusas y fragmentadas, los participantes adaptaron su comportamiento al nuevo entorno, de modo que los jueces fueron más exquisitos de lo normal en el trato con el acusado y los abogados, algunos acusados dedicaron buena parte de sus palabras a convencer a “sus audiencias” más que a defenderse, y la acusación particular –que pertenecía a un partido político– convirtió el juicio en un acto de campaña¹⁰⁶. Al debate sobre el “texto legal” (si un delito u otro, si una garantía u otra, etc.) se añade, al ser retransmitido digitalmente, una nueva dimensión: la relativa a la batalla por las representaciones sociales que emergen instantáneamente en la red, respecto de las cuales el proceso deviene una especie de instrumento y “escenario”.

¹⁰⁵ La noción de “ruido” se está popularizando gracias a la reciente obra de KAHNEMAN/SIBONY/SUNSTEIN, *Noise: a Flow in Human Judgement*, 2021, quienes la emplean para hacer referencia a todo el conjunto de factores externos y contingentes que influyen en la decisión (dedican un capítulo a analizar la enorme fluctuación que existe en la individualización de la pena, es decir, la diferencia de castigos para conductas idénticas en EEUU). La hipótesis para analizar sería que el “ruido” que influye en decisiones judiciales o legislativas proviene en buena medida de los medios, y su alcance depende del medio en cuestión (podría aventurarse, por ej., que la cobertura en prensa tiene un alcance diverso a la cobertura *on-line*, entre otras cosas).

¹⁰⁴ Citado en: RAVID, «Judging by the cover», *Southern California Law Review*, (93-6), 2020, pp. 1131 s.

¹⁰⁵ RAVID, «Tweeting #Justice», *Cardozo Arts & Ent. L. J.*, (35-1), 2017, p. 46, quien alude al modo en que, por ej. en Israel, existen regulaciones que prohíben la retransmisión *online* de determinados juicios, y sin embargo esa prohibición no alcanza a prohibir que los periodistas compartan tweets en vivo.

¹⁰⁶ El mejor análisis al respecto se puede encontrar en las crónicas de Guillem MARTÍNEZ, particularmente en: «Su pantalla amiga», *Ctxt*, (13.02.2019); también su entrevista a uno de los abogados defensores, Javier Melero, quien calificó las formas del Tribunal como “extraordinarias” (ver: <https://ctxt.es/es/20190410/Politica/25546/Guillem-Martinez-juicio-proces-defensa-Melero-rebelion-mossos.htm>); desde el Derecho penal, reflexiona al respecto: QUINTERO OLIVARES, «La Sentencia catalana y la desobediencia», *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, (26), 2019, pp. 114 ss.

En fin, la hipótesis en este aspecto es que, igual que sucedió con anteriores medios, el contacto del proceso con el medio digital está llamado a transformar los mensajes que aquél emite: tanto el ruido digital producido en tiempo real como la hiperexposición del juicio modifican la estructura de incentivos de los actores, los cuales operan “cercados” por audiencias difusas con una enorme capacidad de impacto en la opinión pública y la agenda política¹⁰⁷; y el proceso mismo, que antes era esencialmente una batalla en diferido por la interpretación de los textos y los hechos pasados, pasa a convertirse además en el escenario de una pugna por las representaciones sociales que emergen en tiempo real.

5. Conclusión

(i) La hipótesis aquí expuesta es que la evolución del Derecho penal es incomprensible sin una epistemología medial, la cual parte de la comprensión de que los medios de comunicación –desde la palabra hablada hasta las redes digitales, pasando por la escritura y la imprenta– modifican los entornos socioculturales en los que el Derecho penal se inserta y, en esa medida, terminan por condicionar el tipo de comunicaciones simbólicas de la justicia penal. Si bien la tesis tiene el impacto más directo en los saberes penales descriptivos –la historia y la sociología del Derecho penal, la criminología–, también resulta interesante en términos normativos –político-criminales y dogmáticos, por tanto–, pues sólo se puede discutir correctamente sobre la debida constitución de la norma penal cuando existe una suficiente comprensión del terreno social y cultural en el que ella opera.

(ii) Para ello es necesario, en primer lugar, entender que la evolución del Derecho penal no depende siempre de fuerzas motrices internas al sistema, sino que a menudo obedece a factores relacionados con transformaciones en el entorno mediático. Los cambios mediáticos irritan al sistema jurídico y lo obligan a generar respuestas adaptativas altamente selectivas, y a su vez le ofrecen prestaciones (*avances pre-adaptativos*) que en algún momento podrán ser aprovechadas para un mejor funcionamiento. La otra cara de la moneda es que los atributos del medio en cuestión acaban transformando las comunicaciones jurídicas, en el sentido de que define el campo de condiciones de eficacia del Derecho mismo. Los símbolos penales producidos en fase deliberativa, procesal o punitiva están llamados a aprovechar la capacidad de difusión e impacto de la televisión o las redes, pero como contracara es de esperar que los mensajes mismos sufran modificaciones substanciales, en sintonía con el nuevo entorno mediático emergente.

(iii) Desde esta perspectiva, el Derecho penal moderno se muestra como un conjunto de formas jurídicas que tienen como pre-condición de posibilidad la cultura que emergió del medio impreso: la idea de presunción de inocencia, el principio de legalidad, la política-criminal como deliberación, entre otros elementos, aparecen como prestaciones evolutivas que la cultura penal recibió progresivamente de la escritura impresa, inimaginables mientras la norma se transmitió por medio de la palabra hablada. De este modo, la justicia penal moderna no estaría sólo

¹⁰⁷ Si bien hay numerosos estudios empíricos que demuestran que las sentencias fluctúan por la presencia de sesgos, como también la tendencia a sentencias más punitivas en momentos de alto ruido mediático, es necesario analizar si ello ocurre también, e incluso en mayor medida, cuando el ruido en cuestión tiene las particularidades de la comunicación digital –instantaneidad, hiperexposición de la identidad de los actores y acumulación acelerada de indignación, entre otras–. Como extensión es necesario repensar, en tercer lugar, las políticas de diseño institucional, pues los estudios empíricos reflejan que los jueces penales que lo son por sistemas de nombramiento parlamentario resisten mejor a las presiones populares que aquellos que son elegidos popularmente, los cuales emiten sentencias más punitivas en momentos de alto ruido mediático que los primeros; sobre ello RAVID, «Judging by the cover», *Southern California Law Review*, (93-6), 2020, pp. 1178 s.

relacionada con factores culturales (Ilustración), políticos (nacimiento del Estado) o económicos (capitalismo), sino también con la revolución mediática y cultural que supuso la difusión masiva de libros, y con el desplazamiento de la atención pública hacia textos que era menester crear e interpretar (códigos, ensayos, literatura, manuales, etc.).

(iv) La última hipótesis explorada tiene que ver con la crisis de dicha cultura escrita, esto es, con la llegada de un nuevo paradigma cultural, ligada al medio digital, cuya irrupción está transformando de abajo a arriba todas las instituciones de la sociedad. En esa línea, buena parte de las llamadas “crisis del derecho penal moderno” se explican por que en el nuevo entorno digital nuestras nociones de justicia se vuelven crecientemente obsoletas: en este nuevo entorno la deliberación político-criminal se convierte en una especie de “espectáculo del disenso”, con un público fragmentado por algoritmos de búsqueda que producen una “realidad de imágenes” a su medida, orientadas al consumo compulsivo y no al diálogo intersubjetivo; el castigo se populariza y se privatiza, en la medida en que su efecto principal (el estigma) pasa a ser gestionado por un sistema híbrido donde las redes, las empresas tecnológicas y las propias audiencias colaboran con el Estado (a menudo lo reemplazan) en el ejercicio de una especie de castigo colaborativo, con lógicas y normas substancialmente diversas a las del proceso público; y el nuevo entorno cambia, por último, el proceso mismo, en la medida en que lo convierte en el “escenario” de una pugna por las representaciones sociales que emergen en tiempo real, y que colocan al decisor en medio de un ruido social capaz de condicionar la elaboración y recepción del mensaje judicial. Estos son, en fin, sólo algunos de los mensajes que los medios esconden para la justicia penal, y el objetivo de la epistemología medial no es otro que descubrirlos.

6. Bibliografía

ALBRECHT, Peter-Alexis, «Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik», *NJ*, 1994, pp. 193 ss.

ANDERSON, Benedict, *Comunidades imaginadas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

ARENDT, Hanna, *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 1993.

————— *Eichmann in Jerusalem*, The Viking Press, New York, 1963.

ASSMANN, Aleida, *Introduction to Cultural Studies. Topics, Concepts, Issues*, Schmidt Verlag, Berlin, 2012.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Tecnos, Madrid, 2008.

BENJAMIN, Walter, *La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica*, La Marca, Buenos Aires, 2017.

BERMAN, Harold, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, 1983.

BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

BOHANNAN, Paul, «The Different Realms of Law», *American Anthropologist New Series*, (67-6), Part 2: *The Ethnography of Law*, 1965, pp. 33 ss.

————— *Justice and Judgement among the Tiv*, Oxford University Press, Oxford, 1957.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *La economía política de la pena*, Iustel, Madrid, 2019.

CAMPBELL/MANNING, *The Rise of Victimhood Culture. Microaggressions, Safe Spaces, and the New Culture Wars*, Palgrave Macmillan, London, 2018.

CARRABINE, Eamonn, *Crime, Culture and The Media*, Polity Press, Cambridge, 2008.

CASSIRER, Ernst, *Antropología filosófica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1945.

CASTELL, Manuel, *La Galaxia Internet*, DeBolsillo, Barcelona, 2001.

CHADWICK, Andrew, *The Hybrid Media System: Politics and Power*, Oxford University Press, London, 2013

CIGÜELA SOLA, Javier, «Arendt en Jerusalén: una mente tipográfica contra la espectacularización de la justicia», en *Libro Homenaje a Mirentxu Corcoy*, 2022 (en prensa).

—————, «Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural», *REDPC*, (22-12), 2020.

CORRECHER MIRA, Jorge, «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *InDret*, (2), 2021, pp. 86 ss.

COULDRY, Nick, *Media rituals*, Routledge, London, 2005.

COULDRY, Nick/HEPP, Andreas, *The mediated construction of reality*, Polity Press, Cambridge, 2017.

DEBORD, Guy, *Sociedad del espectáculo*, Pre-textos, Valencia, 2015.

DUFF, Antony, *The Realm of Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2018.

EISENSTEIN, Elisabeth, *The Printing Press as an Agent of Change*, Cambridge University Press, Cambridge, 1980.

FELMAN, Shoshana, «A Ghost in the House of Justice: Death and the Language of the Law», en SARAT/SIMON, *Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law*, Duke University Press, Durham, 2003, pp. 290 ss.

FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, Siglo XXI, Madrid, 2006.

————— «On popular justice: A discussion with Maoists», en EL MISMO, *Power-Knowledge*, Vintage Books, New York, 1977.

FRASER, Nancy, «Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy», *Social Text*, (25/26), 1990, 56-80.

GAGARIN, Michael (2008), *Writing Greek Law*, Cambridge Univ. Press, Cambridge.

GARAPON, Antoine/LASSEGUE, Jean, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, PUF, Paris, 2018.

GARCÍA DE LA TORRE, *La tentativa y el nacimiento de la ciencia penal europea. Bases para una reconstrucción contemporánea*, Tesis doctoral inédita, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2020.

GARLAND, David, *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005.

GIGLIOLI, Daniele, *Crítica de la víctima*, Herder, Barcelona, 2017.

GOODY, Jack, *La lógica de la escritura y la organización de la sociedad*, Alianza, Madrid, 1990.

————— *La domesticación del pensamiento salvaje*, Akal, Madrid, 1985.

GÜNTHER, Klaus, *Schuld und Kommunikative Freiheit*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005.

HABERMAS, Jürgen, «Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research», *Communication Theory*, (16-4), 2006, pp. 411 ss.

————— *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt, 1998.

————— *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1990.

HAIDT, Jonathan, *The Righteous Mind: Why Good People are Divided by Politics and Religion*, Allen Lane, London, 2012.

HAN, Byung-Chul, *En el enjambre*, Herder, Barcelona, 2014.

————— *Digitale Rationalität und das Ende des kommunikativen Handelns*, Matthes & Seitz, Berlin, 2013.

HAVELOCK, Eric A., *La musa aprende a escribir. Reflexiones sobre oralidad y escritura desde la Antigüedad hasta el presente*, Paidós, Barcelona, 1996.

————— *The Greek Concept of Justice: From Its Shadow in Homer to Its Substance in Plato*, Harvard University Press, Cambridge, 1978.

HEINZ-LADEUR, Karl, *Die Textualität des Rechts. Zur poststrukturalistischen Kritik des Rechts*, Velbrück Wissenschaft, Weilerwist, 2016.

————— *Das Recht der Netzwerkgesellschaft (Hsgb. Vesting und Augsburg)*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

HERMAN, Edward/CHOMSKY, Noam, *Manufacturing Consent: The Political Economy of the Mass Media*. Pantheon Books, New York, 1988.

HIER, Sean, «Moral panics and digital-media logic: Notes on a changing agenda», *Crime, Media, Culture: An International Journal*, (15-2), 2019, pp. 379 ss.

HILGEBRANDT, Mireille, «Criminal Law and Technology in a Data-Driven Society», en DUBBER/HÖRNLE, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Cambridge, 2014.

HILGENDORF, Eric, «Die Neuen Medien und das Strafrecht», *ZStW*, (113-4), 2001.

HINDMAN, Matthew, *The Myth of Digital Democracy*, Princeton University Press, New Jersey-Oxford, 2009.

HONNETH, Axel, *Recht der Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt, 2011.

HUIZINGA, Johan, *Homo ludens*, Alianza, Madrid, 1972.

HUNT, Lynn, *Inventing Human Rights: A History*, W.W. Norton & Company, London, 2007.

FUENTES OSORIO, Juan L., «Los medios de comunicación y el derecho penal», *RECPC*, (7-16), 2005.

JAKOBS, Günther, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, München, 2004.

————— *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

JEWKES, Yvonne, *Media & Crime*, 3ª ed., Sage, London, 2015.

KAHN, Paul, *The cultural study of law*, Chicago Univ. Press, Chicago, 1999.

KAHNEMAN, Daniel/SIBONY, Olivier/SUNSTEIN, Cass, *Noise: a Flow in Human Judgement*, Little Brown Spark, New York, 2021.

KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho en la postmodernidad*, Olejnik, Buenos Aires, 2018.

KRÄMER, Sybille, *Medium, Messenger, Transmission. An Approach to Media Philosophy*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2015.

LOGAN, Robert, *Understanding New Media. Extending Marshall McLuhan*, Peter Lang, New York, 2016.

LACLAU, Ernesto, *La Razón Populista*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2018.

LAGESON, Sarah E., *Digital Punishment. Privacy, Stigma, and the Harms of Data-Driven Criminal Justice*, Oxford University Press, New York, 2020.

LAGESON, Sarah E./MARUNA, Shadd, «Digital degradation: Stigma management in the internet age», *Punishment & Society*, (20-1), 2018, pp. 113 ss.

LARRAURI, Elena, «Populismo punitivo y cómo resistirlo», *RJD*, (55), 2006, pp. 15 ss.

LIPOVETSKY, Gilles/SERROY, Jean, *La pantalla global*, Anagrama, Barcelona, 2009.

LUHMANN, Niklas, *Complejidad y modernidad*, Trotta, Madrid, 1998.

————— *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1993.

MARTIN, Greg, *Crime, Media and Culture*, Routledge, London, 2019.

MARTÍNEZ, Guillem, «Su pantalla amiga», *Ctxt*, 13.02.2019.

MCLAUGHLIN, Eugene, «See also Young, 1971: Marshall McLuhan, moral panics and moral indignation», *Theoretical Criminology*, (18-4), 2014, pp. 422 ss.

MCLUHAN, Marshall, *Comprender los medios de comunicación. Las extensiones del ser humano*, Paidós, Barcelona, 1996.

————— *Galaxia Gutenberg. Génesis del "homo typographicus"*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 1993.

MCLUHAN, Marshall/FIORE, Quentin, *El medio es el mensaje. Un inventario de efectos*, La Marca, Buenos Aires, 2015.

MEYROWITZ, Joshua, «Media evolution and cultural change», en HALL/GRINDSTAFF/MING-CHENG, *Handbook of Cultural Sociology*, Routledge, London/New York, 2010.

————— «Medium theory», en CROWLEY/MITCHELL (eds.), *Communication Theory Today*, Polity Press, Cambridge, 1994.

MIRÓ-LINARES, Fernando/AGUERRI, Jesús, «Misinformation about fake news: A systematic critical review of empirical studies on the phenomenon and its status as a 'threat'», *European Journal of Criminology*, 2021, pp. 1 ss.

MOORE, Sarah E. H., *Crime and the Media*, Red Globe Press, London, 2014.

MOUFFE, Chantal, *On the Political*, Routledge, London, 2005.

MURMANN, Uwe, *Strafrecht und Medien*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2016.

ONG, Walter J., *Orality and Literacy, The Technologizing of the Word*, Routledge, London, 1982.

OSIEL, Mark, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, Routledge, London, 2000.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, «La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, (24), 2018, pp. 92 ss.

PARISER, Eli, *The Filter Bubble*, Penguin, London, 2012.

PAWLIK, Michael, «Das Strafrecht der Gesellschaft. Sozialphilosophische und sozialtheoretische Grundlagen von Günther Jakobs' Strafrechtsdenken», en KINDHÄUSER /KREB/PAWLIK/STUCKEMBERG (eds.), *Das Strafrecht der Gesellschaft. FS-Jakobs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, pp. 217 ss.

————— *Normbestätigung und Identitätsbalance. Über die Legitimation staatlichen Strafens*, Nomos, Baden-Baden, 2017.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «El derecho penal como instrumento de los populismos», en URIBE OTALORA (dir.), *Nuevos retos para la democracia liberal. Nacionalismos y populismos en Europa*, Tirant, Valencia, 2021, pp. 321 ss.

POE, Marshall T., *A history of Communications*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

POSTMAN, Neil, *Amusing Ourselves to Death: Public Discourse in the Age of Show Business*, Penguin, London, 2005.

PRATT, John, *Penal populism*, Routledge, London/New York, 2006.

PRIMORATZ, Igor, «Punishment as Language», *Philosophy*, (64-248), 1989, pp. 187 ss.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «La Sentencia catalana y la desobediencia», *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, (26), 2019, pp. 114 ss.

RAVID, Itay, «Judging by the cover: On the relationship between media coverage on crime and harshness in sentencing», *Southern California Law Review*, (93-6), 2020, pp. 1121 ss.

————— «Tweeting #Justice: Audio-Visual Coverage of Court Proceedings in a World of Shifting Technology», *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, (35), 2017, pp. 41 ss.

ROBLES PLANAS, Ricardo, «La identidad de la dogmática jurídico-penal», *ZIS*, (2), 2010, pp. 134 ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.

————— *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

SIMÓN CASTELLANO, Pere, «Internet, redes sociales y juicios paralelos: un viejo conocido en un nuevo escenario», *Revista De Derecho Político*, (1-110), 2021, pp. 185 ss.

STADLER, Felix, *The Digital Condition*, Polity Press, Cambridge, 2018.

SUNSTEIN, Cass R., *Republic.com 2.0.*, Princeton University Press, Princeton, 2009.

THOMAS, Rosalind, «Writing, Law, and Written Law», en GAGARIN/COHEN (eds.), *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge University Press, New York, 2005.

TODD, Stephen C., «Law and oratory at Athens», en GAGARIN/COHEN (eds.), *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge University Press, New York, 2005, pp. 97 ss.

VARONA, Daniel, «Medios de comunicación y punitivismo», *InDret*, (1), 2011, pp. 1 ss.

VESTING, Thomas, *Gentleman, Manager, Homo Digitalis. Der Wandel der Rechtssubjektivität in der Moderne*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist, 2021.

————— *Medien des Rechts IV: Computernetzwerke*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist, 2015.

————— *Medien des Rechts III: Buchdruck*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist, 2013.

————— *Medien des Rechts II: Schrift*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist, 2011.

————— *Medien des Rechts I: Sprache*, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist, 2011.

————— *Rechtstheorie*, 1ª ed., C.H. Beck, München, 2007.

VORMBAUM, Thomas, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Springer, Berlin, 2015.

WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002.

WILENMANN, Javier, «Framing meaning through Criminalization: A Test for Theory of Criminalization», *New Criminal Law Review*, (22-1), 2019, pp. 3 ss.

WILLIAMS, Raymond, *Television: Technology and Cultural Form*, Routledge, London, 1974.

WINTER, Edward, «The Aboriginal Political Structure of Bwamba», en MIDDLETON/TAIT (eds.), *Tribes Without Rulers*, Routledge/Kegan Paul, London, 1958, pp. 145 ss.

Responsabilidad civil, delito y coherencia del orden jurídico

De la absolución penal a la imprudencia

Sumario

Los tribunales penales y los tribunales civiles no siempre sostienen los mismos criterios sobre la responsabilidad civil, cuando el hecho que genera un daño es un delito, y particularmente cuando se trata de la imprudencia. En sus decisiones, difícilmente se plantea la cuestión como una dificultad desde la perspectiva del postulado de la unidad del orden jurídico. Sin embargo, es relevante la exigencia de que el Derecho ofrezca soluciones coherentes en la determinación de los criterios de decisión, especialmente cuando se trata de comprobar si una sentencia penal puede producir efecto de cosa juzgada en relación con la acción civil, tal como se plantea explícitamente en el art. 116 LECr. Por un lado, es necesario un análisis desde el Derecho constitucional, pues es posible que puedan verse lesionados los derechos del perjudicado. Por otro lado, la cuestión ha de examinarse en el marco de las diferentes reglas del proceso penal y del proceso civil, fundamentalmente en cuanto al principio *in dubio pro reo* (proceso penal) y las reglas de la carga de la prueba (proceso civil). Finalmente, debe examinarse si el Derecho español comprende conceptos diferentes de imprudencia en el Derecho civil y en el Derecho penal. La respuesta está condicionada, en todo caso, por la necesidad de coherencia en las normas que regulan las relaciones jurídicas.

Abstract

Criminal courts and civil courts do not always hold the same criteria on liability for damages, when the act that causes harm is a crime, and particularly when it is a negligence. In their decisions, the issue is posed as a hard difficulty from the perspective of the postulate of the unity of the legal order or system. However, the requirement that the law offer coherent solutions in determining the decision criteria is relevant, especially when it comes to verifying whether a criminal sentence can acquire the effect of *res iudicata* for the civil action, as explicitly stated in the art. 116 LECr. On the one hand, an analysis from constitutional law is necessary, since it is possible that the rights of the injured party may be undermined. On the other hand, the issue has to be examined within the framework of the different rules of the criminal process and the civil process, fundamentally regarding the principle *in dubio pro reo* (criminal process) and the rules of the burden of proof (civil process). Finally, it must be examined whether Spanish law includes different concepts of negligence or recklessness in civil law and criminal law. The answer is conditioned, in any case, by the need for coherence in the rules that regulate legal relationships.

Abstrakt

Strafgerichte und Zivilgerichte legen nicht immer die gleichen Kriterien für die Schadensersatzhaftung fest, wenn es sich bei der schädigenden Handlung oder Unterlassung um eine Straftat und insbesondere um eine Fahrlässigkeit handelt. In ihren Entscheidungen wird die Frage aus der Perspektive des Postulats der Einheit der Rechtsordnung kaum als Schwierigkeit gestellt. Das Erfordernis, dass das Recht kohärente Lösungen bei der Bestimmung der Entscheidungskriterien bietet, ist jedoch relevant, insbesondere wenn es darum geht, zu prüfen, ob eine strafrechtliche Verurteilung für die Zivilklage werden kann, wie es in Art. 116 LECr. Einerseits ist eine verfassungsrechtliche Analyse erforderlich, da hierdurch die Rechte des Geschädigten verletzt werden können. Zum anderen ist die Frage im Rahmen der verschiedenen Regeln des Strafverfahrens und des Zivilverfahrens

grundsätzlich nach dem Prinzip *in dubio pro reo* (Strafverfahren) und den Regeln der Beweislast (Zivilverfahren) zu prüfen. Schließlich ist zu prüfen, ob das spanische Recht unterschiedliche Begriffe der Leichtsinnigkeit im Zivilrecht und im Strafrecht enthält. Die Antwort ist in jedem Fall durch die Notwendigkeit der Kohärenz der Regeln, die die Rechtsbeziehungen regeln, bedingt.

Title: *Liability for Damages, Crime and Coherence of the Legal Order From Acquittal to Negligence*

Titel: *Schadensersatzhaftung, Straftat und Kohärenz der Rechtsordnung Vom strafrechtlichen Freispruch zur Fahrlässigkeit*

-

Palabras clave: responsabilidad civil, responsabilidad extracontractual, coherencia del orden jurídico, unidad del orden jurídico, principio *in dubio pro reo*, carga de la prueba.

Keywords: *Liability for damages, Coherence of the legal order, Legal system, Negligence, In dubio pro reo Principle, Burden of proof.*

Stichwörter: *Schadensersatzhaftung, Kohärenz der Rechtsordnung, Einheit der Rechtsordnung, Fahrlässigkeit, Prinzip in dubio pro reo, Beweislast.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.06

-

Recepción

31/05/2021

-

Aceptación

20/07/2021

-

Índice

-

1. Unidad y coherencia del orden jurídico

2. Responsabilidad civil y absolución penal: planteamiento

3. La coherencia del orden jurídico y la jurisprudencia constitucional

4. Tutela judicial efectiva y acción civil

4.1. Principio *in dubio pro reo* y carga de la prueba

4.2. De la carga de la prueba a la tutela judicial efectiva

4.3. La acción civil preservada

4.4. Acción civil e imprudencia

5. ¿Imprudencia penal versus imprudencia civil?

5.1. Dos direcciones divergentes

5.2. “Relatividad de los conceptos” y coherencia del orden jurídico

5.3. ¿Autonomía del concepto civil de imprudencia?

6. Conclusión

7. Bibliografía

-

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

1. Unidad y coherencia del orden jurídico*

El punto de partida de las reflexiones que siguen es que las normas jurídicas pertenecen a un orden jurídico por su vinculación a una comunidad política, de la que puede predicarse el bien común (el bien común de esa comunidad y de los sujetos que la integran) como conjunto de objetivos compartidos¹. El orden jurídico, en sentido estricto, no es un complejo de normas, sino de relaciones jurídicas reguladas por las normas². Por tanto, lo que identifica a una norma en el marco de un orden jurídico es una cualidad material y no formal³: regula relaciones jurídicas en función del bien común en una determinada comunidad política. Precisamente esta distinción entre criterios materiales y formales determinantes de la unidad del sistema hace necesaria una precisión terminológica con la que quisiera iniciar estas líneas. En efecto, existe la posibilidad de asimilar la idea de unidad del orden jurídico, como elemento característico de un sistema, a la autorización desde la norma fundamental, como la mantuvo KELSEN ya en la primera edición de la *Teoría pura del Derecho*: «una diversidad de normas forma una unidad, un sistema, un orden, cuando su vigencia puede atribuirse a una única norma como último fundamento de esa vigencia; esta norma fundamental constituye, como fuente común, la unidad en la diversidad de todas las normas que conforman un ordenamiento»⁴. Como, evidentemente, se trata de una caracterización formal -a mi juicio, la más brillante en esa dirección, junto con la idea de la norma de reconocimiento de HART- existe un riesgo de confusión y por ese motivo he iniciado estas líneas con mi posicionamiento sobre el concepto de orden jurídico⁵. La unidad, a la que habré de referirme, se predica del orden jurídico contemplado en esta perspectiva material: relaciones jurídicas, en el marco de una comunidad política, reguladas por normas que se caracterizan por la aspiración al bien común de esa comunidad.

En cualquier caso, es obvio que la seguridad jurídica de quienes toman parte en esas relaciones jurídicas reguladas por normas requiere una visión de cierta unidad, en ese sentido material, y no parece discutible el relieve del denominado principio de unidad del orden jurídico en diferentes aspectos teórico-prácticos del Derecho⁶: la resolución de lagunas y contradicciones

* Autor de contacto: Carlos Pérez del Valle, perezdelvalle@ceu.es. Agradezco a Gonzalo de Aranda y Antón, Magistrado y Letrado del Tribunal Constitucional, sus pacientes explicaciones sobre el problema de la carga de la prueba en el proceso civil, y sobre la comparación con el desarrollo de la convicción judicial en el proceso penal. No obstante, la claridad de su exposición no garantiza el acierto de mis reflexiones.

¹ Sobre esta formulación, FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., 2011, p. 153. Aclaro que, desde mi punto de vista, la justificación (como fundamento; causa y no sólo fin) del ordenamiento jurídico es la consecución del bien común de la comunidad política y este concepto del bien común no coincide exactamente con el de FINNIS, que ha sido objeto de diversas críticas. Lo relevante ahora es que se trata de un bien común de naturaleza objetiva (esto es reconocido incluso por sus críticos; en ese sentido, MCCALL, «What Good is John Finnis? Assessing the Personal and Common Good in Natural Law and Natural Rights», *Persona y Derecho*, [83], pp. 637 ss., p. 638).

² HERVADA XIBERTA, *Lecciones propedeúicas de Filosofía del Derecho*, 3ª ed., 2000, p. 410. El punto de partida contrario es generalizado, aunque destaca la contundencia de KELSEN: «el derecho como ordenamiento, o el orden jurídico, es un sistema de normas» (KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., 1934, p. 62).

³ La diferenciación entre unidad formal y unidad material de un sistema legal, RAZ, «The Identity of Legal Systems», *California Law Review*, (59), 1971, pp. 976 s.

⁴ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., 1934, p. 62.

⁵ Esto no significa que la idea de la norma fundamental sólo pueda considerarse, en este punto, en el sentido de KELSEN. Puede encontrarse una vinculación entre la idea de norma fundamental, entendida como el principio constitucional de la dignidad de la persona, y unidad del orden jurídico en el sentido material, en RYU/SILVING, «Was bedeutet die sogenannte "Relativität der Rechtsbegriffe"?, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, (59-1), 1973, p. 83.

⁶ ENGISCH hace referencia, previamente, a la necesidad de diferenciar la unidad del orden jurídico como tal y la unidad del sistema jurídico-científico referido a ese mismo orden jurídico, pese a que entiende que la unidad es, en realidad, «constituida» por el trabajo de los juristas y una «creación» de la ciencia jurídica (ENGISCH, *Die Einheit*

dentro del mismo orden jurídico, o de la concurrencia de normas; y, de forma particular, en el Derecho penal, la posibilidad de que, de la sanción penal de algunas conductas, derivasen deberes contradictorios⁷. En ese sentido, unidad del orden jurídico significa racionalidad del Derecho: las normas que regulan una misma relación jurídica deben establecer consecuencias coherentes, aunque se trate de distintas normas y procedan de diferentes sectores del ordenamiento; cuando esta coherencia no se muestra con claridad, la tarea afecta fundamentalmente a la dogmática. ENGISCH había contemplado ya que la unidad del orden jurídico se situaba en una doble relación lógica con la dogmática jurídica: bien como un axioma, bien como un postulado de la elaboración jurídica⁸. Prefiero hablar de postulado, por una parte, porque no es indiscutida la validez de la unidad del orden jurídico como premisa⁹; y, por otra, porque, en la perspectiva de la dogmática penal, interesa la evitación de contradicciones -o, si han de existir, su justificación- entre la respuesta del Derecho penal y la respuesta prevista en otras parcelas del orden jurídico¹⁰. Pero, en todo caso, como el orden jurídico está constituido por las relaciones jurídicas y no por las normas, el postulado afecta a la exigencia de que estas normas constituyan respuestas coherentes en las diversas relaciones jurídicas.

La exigencia de que el orden jurídico ofrezca soluciones coherentes no es, por tanto, una cuestión propia de la dogmática penal en sentido estricto, sino una exigencia que deriva de las propias relaciones jurídicas que constituyen ese ordenamiento y a las que afectan normas de diferentes sectores de ese mismo ordenamiento. Precisamente la dogmática penal sobre las causas de justificación es una muestra de que este problema va más allá de sus límites y, por eso, acude frecuentemente al postulado de unidad del orden jurídico como uno de sus niveles de fundamentación¹¹. Existen también razones inmediatas de carácter sistemático para que, desde

der Rechtsordnung, 1935, p. 2). En mi opinión, esto es una consecuencia de su teoría de los imperativos: si el orden jurídico consiste en proposiciones de deber ser (p. 4, p. 7), en sí mismo ha de ser una unidad, y no pueden existir proposiciones de deber contradictorias en el mismo objeto del trabajo científico y previamente a que este trabajo creativo se desarrolle.

⁷ ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935, pp. 46 ss. sobre las contradicciones; sobre la concurrencia de normas, en pp. 48 s. (rango normativo, *lex posterior*, *lex specialis*); sobre la concurrencia y las lagunas, en p. 50; sobre deberes derivados de los tipos penales, sobre el conflicto entre deber de reserva o de secreto y el deber de testificar o de denunciar determinados delitos, en p. 51. En relación con la concurrencia de normas contradictorias, y la prelación de una norma como tarea del jurista, se refiere particularmente a la opinión de SAUER, y especialmente a su defensa de la ponderación: tiene preferencia la norma que «haga posible la solución más justa»: «como en cualquier ámbito de la vida, debe aspirarse al mayor bien posible» (SAUER, *Lehrbuch der Recht- und Sozialphilosophie*, 1929, p. 240).

⁸ ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935, p. 69.

⁹ En todo caso, NEUMANN indica que, cuando se hace referencia al axioma, no se alude en la moderna teoría de la ciencia a su corrección, sino a su adecuación al fin (NEUMANN, «Juristische Logik», en HASSEMER/NEUMANN/SALIGER, *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 9ª ed., 2016, p. 281). Cfr. sobre la idea del postulado, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 11/4, nota 10: «el concepto de antijuricidad debe ser unitario, pero como postulado y no como dogma». Sobre la unidad del orden jurídico como un principio regulador, que no proporciona criterios materiales para su resolución, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, 1983, pp. 91 ss.

¹⁰ Sobre la resolución de contradicciones dentro del orden jurídico como segundo ámbito esencial de acción de la unidad del orden jurídico, ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 9ª ed., 1997, p. 207.

¹¹ Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 11/4; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., 1998, p. 255; ROXIN/GRECO, *AT-I*, 5ª ed., 2020, 14/31 ss. La discusión en torno a la propuesta de GÜNTHER (EL MISMO, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, 1983), que es muy crítica con una concepción de una ilicitud única para todos los sectores del orden jurídico, se plantea precisamente en torno a las causas de justificación. No es el momento de tratar esta cuestión, sobre la que hay una abundante literatura pero creo que una diferenciación entre el ilícito/injusto, determinado por la tipicidad y las causas de justificación, y el ilícito penal/injusto penal, que afectaría a las causas de excusa (cfr. PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho penal-Parte General*, 5ª ed., 2021, pp. 151 s., 193 s.), resuelve el problema planteado por GÜNTHER respecto a la necesidad de un concepto de ilicitud

hace tiempo, la dogmática penal haya incidido en ello: la división de dos niveles en el enjuiciamiento sobre la ilicitud de la conducta (tipicidad y justificación) atribuye precisamente al segundo nivel un carácter de cierre en la valoración de la conducta como adecuada o contraria a Derecho; como, además, la estrecha vinculación entre principio de legalidad y tipicidad requiere que la tipicidad esté especialmente restringida a leyes penales, parece que la valoración de una conducta respecto al Derecho habría de corresponder a las causas de justificación¹². De hecho, uno de los puntos de arranque de la discusión moderna sobre la unidad del orden jurídico en el Derecho penal es la concepción de la exclusión de la antijuricidad, común al Derecho penal y al Derecho civil, desarrollada por ZITELMANN desde el Derecho civil¹³. Al menos desde ese momento, quedaba claro que algunas de las consecuencias del postulado muestran una particular eficacia en este nivel: básicamente, esto sucede con el reconocimiento de que la conducta amparada por una causa de justificación sea lícita para todo el ordenamiento jurídico o de que el Derecho penal ha de admitir, como causas de justificación, autorizaciones de conductas típicas procedentes de otras leyes no penales. La unidad del orden jurídico se manifiesta aquí como transversalidad de normas que autorizan conductas, y se entiende mejor porque las causas de justificación responden con frecuencia a razones subyacentes de carácter moral¹⁴: las razones morales que subyacen en la norma que establece la causa de justificación no pueden ser «morales para el Derecho penal», sino sencillamente «morales para el Derecho».

Sin embargo, esto no significa que sólo sean admisibles argumentos sobre el postulado de unidad del orden jurídico respecto a las causas de justificación. La tipicidad es también una valoración del comportamiento como ilícito y, por tanto, a la tipicidad afectan también los problemas derivados de la exigencia de una respuesta unitaria de todo el orden jurídico cuando se juzga una conducta como lícita o ilícita¹⁵. Es cierto que, como antes señalaba, la tipicidad está ligada de una forma necesaria a la ley penal y esto ha de ser considerado cuando se habla de unidad del orden jurídico, a diferencia de las causas de justificación, donde sucede precisamente lo contrario. Pero la idea de que «en idénticos contextos, objetos de valoración idénticos han de ser valorados siempre por el orden jurídico de acuerdo con las mismas máximas»¹⁶ se refiere a toda la valoración de la conducta como ilícita y no sólo a las causas de justificación. El caso del consentimiento es un ejemplo claro: el debate se articula en torno a si su eficacia en el Derecho penal sería necesariamente deudora de las exigencias en el Derecho civil, aunque no es dudoso

propio de cada sector del Derecho (GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, 1983, pp. 66 ss., 80 ss., 99 ss. y otras citas) o los casos en los que no hay coincidencia entre un sector y otro del ordenamiento (JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 11/6; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, 5ª ed., 1998, p. 255): sólo a las causas de justificación en sentido estricto alcanzan las consecuencias del postulado de unidad del orden jurídico, y con ciertos límites, algunos de los cuales referiré en el texto.

¹² Parece que esta idea se encuentra en CARBONELL MATEU, *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y límites*, 1982, pp. 115 s., si se considera que llega a la conclusión de que «el principio no puede ofrecer el mismo juego respecto de las normas prohibitivas -las que tipifican conductas y prevén sanciones- que de las normas permisivas» porque «no caben las contradicciones entre las diferentes ramas del Ordenamiento jurídico».

¹³ ZITELMANN, «Ausschluß der Widerrechtlichkeit», *Archiv für die civilistische Praxis*, 1906, p. 11: «En la constatación de que algo está prohibido, resulta obvio que es indiferente en qué parte del Derecho, técnicamente considerada, aparece la prohibición; para la unidad del orden jurídico en su totalidad, el concepto de antijuricidad ha de ser unitario: si una acción está prohibida en cualquier norma jurídica de cualquier parte del derecho, está en cualquier caso prohibida».

¹⁴ Sobre esta cuestión, MORESO, «Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)», *Doxa*, (24), 2001, pp. 525 ss. en particular, pp. 540 ss.

¹⁵ Con carácter general, sobre su teoría del tipo, BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 133: «la antijuricidad no es escindible».

¹⁶ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 11/5.

que el punto de partida en Derecho civil y en Derecho penal tiene que ver siempre con la autonomía del sujeto¹⁷. Sin embargo, pese a que la cuestión fue tratada en su origen desde el punto de vista dogmático de las causas de justificación¹⁸, existe un cierto debate sobre su marco sistemático en la teoría del delito¹⁹, y esto pone de manifiesto que, en ocasiones, la discusión sobre la eficacia de la unidad del orden jurídico afecta a la tipicidad²⁰.

Cuando se habla de unidad del orden jurídico y tipicidad, necesariamente lo problemático -o su solución- tiene que ver con la interpretación del tipo penal. En particular, y en relación con el Derecho civil, esto se anticipaba en la tesis de ZITELMANN, cuando, en la fundamentación del consentimiento, se apoyaba en la teoría del negocio jurídico²¹; y cuando desarrollaba su tesis sobre la determinación del bien jurídico en el Derecho civil y su relación con la interpretación en el Derecho penal²². Esta interdependencia ha sido objeto de debate en la doctrina²³ y sigue siendo un aspecto destacado en la discusión sobre delitos contra la propiedad o en delitos contra el patrimonio²⁴. Pero el problema supera la discusión sobre el bien jurídico, y pongo como ejemplo una de las cuestiones sobre las que reflexionaré posteriormente, que creo que permite entender el problema que planteo: dado que el Derecho penal castiga casos de conducta imprudente, y que también el Derecho civil prevé consecuencias negativas para quienes son responsables de comportamientos imprudentes ¿debe entenderse que existe un concepto único de imprudencia, y que su asignación al Derecho penal o al Derecho civil depende de su gravedad, o se trata de conceptos distintos de imprudencia? El problema es, básicamente, el mismo que cuando se exige la coherencia en las causas de justificación, porque la ilicitud es un juicio global en el que están implicados, como niveles de análisis, tanto la tipicidad como la justificación²⁵. La afirmación de que la autorización o la desautorización -entendidas como valoración de su conformidad o su

¹⁷ Cfr. OHLY, «Einwilligung und “Einheit der Rechtsordnung”», en PAWLIK/ZACZYK, *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, p. 453.

¹⁸ Con claridad, ZITELMANN tomaba como punto de partida que el consentimiento constituiría una causa de exclusión de la antijuricidad de la lesión de los intereses de un tercero, como la legítima defensa o el estado de necesidad civiles, o la situación de peligro para el acreedor que justifica la realización del propio derecho (ZITELMANN, *AcP*, 1906, p.1).

¹⁹ OHLY, en PAWLIK/ZACZYK, *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, pp. 457 ss.

²⁰ Por todos, ROXIN/GRECO, *AT-I*, 5ª ed., 2020, 13/90.

²¹ OHLY, en PAWLIK/ZACZYK, *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, p. 451.

²² ZITELMANN, *AcP*, 1906, pp. 17 ss.

²³ Entre otros, en la dogmática de los años 30 del S. XX, LOBE, «Der Einfluß des bürgerlichen Rechts auf das Strafrecht», en HEGLER (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank*, v.1, 1930, pp. 33 ss.; y sobre todo BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken: Beiträge zu einer selbständigen, spezifisch strafrechtlichen Auslegungs- und Begriffsbildungsmethodik*, 1938, quien defiende una interpretación teleológica del Derecho penal con independencia del Derecho civil (pp. 12, 17, entre otras). Muy crítico con la tesis de BRUNS, y con su fundamentación política, LÜDERSSEN, «Die Wiederkehr der “Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken” – eine Warnung», en EBERT/RIEß, ROXIN/WAHLE (eds.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, 1999, pp. 492 ss.

²⁴ Cfr. por ejemplo, respecto al concepto de propiedad y sobre la discusión en la doctrina española, SILVA CASTAÑO, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, 1997, pp. 56 ss.

²⁵ KÖHLER, *AT*, 1997, p. 240, sobre el error que implica, en una perspectiva nomológica, tratar la relación entre tipicidad y justificación como regla excepción. La razón es clara: aunque en una visión meramente práctica pueda observarse de este modo, desde el punto de vista de las normas (que ofrecen modelos de orientación de conducta) no puede decirse que la muerte de otra persona en legítima defensa sea un homicidio que, excepcionalmente, no es contrario a Derecho, sino sencillamente que no es un comportamiento ilícito. El Derecho autoriza la muerte de otro en legítima defensa y esta conducta es tan lícita como un comportamiento que no es típico; la diferencia no está relacionada con la norma que la prohíbe, sino con la restricción (fundamentalmente, el contexto de necesidad) que el Derecho establece para que la muerte de otro en legítima defensa constituya un modelo de orientación de conducta. Sobre esta cuestión, PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho penal*, 5ª ed., 2021, pp. 156 s.

contraposición al Derecho- de una conducta están vigentes para todo el ordenamiento, aunque las consecuencias de esta valoración sean distintas en diferentes ámbitos del Derecho²⁶, comprende, si se quiere hablar del Derecho penal, tanto a la tipicidad como a la justificación de esa conducta.

En uno u otro caso, el interés en la coherencia de las normas que regulan relaciones jurídicas en el marco de un orden jurídico depende de la respuesta en el caso concreto y, por tanto, y si se hace referencia al Derecho penal en relación con otros sectores del ordenamiento, necesariamente, a las decisiones de los jueces, referidas a diferentes órdenes normativos y, por tanto, en distintas jurisdicciones. La cuestión concierne de forma directa a la cosa juzgada²⁷, y en el proceso penal español adquiere un relieve especial cuando se trata de la denominada responsabilidad civil derivada del delito. El conflicto no es menor por el hecho de que, de ordinario, la acción civil se ejercite al tiempo que la acción penal²⁸, salvo en aquellos casos en los que el perjudicado haya renunciado a ello o haya reservado sus acciones para ejercitarlas ante la jurisdicción civil (art. 109 LECr). Pero parece claro que el desarrollo de las normas busca esa coherencia cuando se trata del Derecho penal y el Derecho civil: «la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados» (art. 109.1 CP), y esta obligación afecta a «toda persona criminalmente responsable de un delito», que «lo es también civilmente» (art. 116.1 CP). La acción civil que deriva del delito cuando éste ha provocado privación de la cosa, daños o perjuicios (art. 110 LECr) no es otra, además, que la relativa a la responsabilidad civil extracontractual del daño causado «por acción u omisión», cuando existe «culpa o negligencia» (art. 1902 CC). En la libertad de ejercicio de la acción en la jurisdicción civil por parte del perjudicado, que explícitamente contiene el art. 109.2 CP («el perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil») y que se materializa a través de la reserva de acciones (art. 109 LECr), se pone de manifiesto esta idea. No creo, además, que la obligación de ejercicio de la acción civil por parte del Ministerio Fiscal (art. 108 LECr) altere esta conclusión, porque la exigencia del ofrecimiento de acciones al perjudicado y la exclusión en caso de renuncia o de reserva -ésta última, de forma implícita- no modifican el criterio, aunque muestre la voluntad de imponer criterios de economía procesal²⁹.

Advierto, no obstante, que no trato de emitir un juicio favorable sin más a la regulación de la responsabilidad civil en el Código penal, porque existen ámbitos en los cuales una solución coherente es particularmente compleja³⁰. Tan sólo constato que se trata de un ámbito en el que el postulado aparece como punto de partida y la coherencia del orden jurídico no es ya un argumento necesario, sino un presupuesto: se trata de diversas normas jurídicas entrelazadas que no persiguen fines de diferentes partes del ordenamiento, exclusivos de cada una de ellas y contrapuestos entre sí, sino que a menudo se complementan recíprocamente³¹ porque se refieren

²⁶ En ese sentido, KÖHLER, AT, 1997, p. 239.

²⁷ ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935, pp. 13 ss. Sobre la cosa juzgada, DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, 1991.

²⁸ Sobre esta cuestión, con cita de diferentes visiones, BERMEJO CASTRILLO, *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, 2016, pp. 49 ss.

²⁹ SILVA SÁNCHEZ, «¿“ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal», *InDret*, (3), 2001, p. 3.

³⁰ Es el caso, por ejemplo, de las reglas previstas en el art. 118 CP para el estado de necesidad. En ese sentido, PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho penal*, 5ª ed., 2021, p. 384.

³¹ FELIX, *Einheit der Rechtsordnung: zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur*, 1998, p. 404.

a una misma relación jurídica. Se trata de la búsqueda de coherencia del orden de normas que regulan las relaciones jurídicas y que se identifican como partes del sistema legal en función de sus fines. Pero, precisamente por esa razón, la coherencia, cuando el foco central se fija en las consecuencias de actos contrarios a Derecho³², se concreta en decisiones judiciales. Son las decisiones de los jueces, cuando aplican las mismas normas o normas distintas en el marco de un mismo sistema jurídico, las que muestran las dificultades en la coherencia de la respuesta o incluso directamente ciertas incoherencias.

Desde luego, las declaraciones explícitas en favor de un tratamiento unitario, fundadas en el ejercicio simultáneo de la acción civil y la acción penal no son infrecuentes; pero esto siempre ha de pasar por el mantenimiento propio de las reglas de la acción civil³³. En ese sentido, algunas voces han expresado incluso su rechazo a la existencia de normas de responsabilidad civil en el Código penal³⁴, aunque existe también una visión que apunta a entender este aspecto como una oportunidad para una tercera vía del Derecho penal³⁵. A mi juicio, la alternativa ha de resolverse sobre las posibilidades de solución práctica, y éstas sólo pueden contemplarse en las líneas seguidas por la jurisprudencia, y muy especialmente por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y sobre esto desarrollaré las líneas que siguen.

2. Responsabilidad civil y absolución penal: planteamiento

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, hace poco más de un año, dictó una sentencia en la que accede a la pretensión de resarcimiento en la jurisdicción civil en un caso en que el juez penal había acordado la absolución ante la acusación por lesiones imprudentes derivadas de la práctica médica. Aunque explícitamente no se hace referencia a la unidad del orden jurídico o a su coherencia, la STS 84/2020, Civil, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:378) aborda la cuestión de los efectos de la sentencia penal absolutoria en sus consecuencias respecto a la responsabilidad civil, cuando ésta es planteada con posterioridad en la jurisdicción civil. De hecho, la propia sentencia indica, citando jurisprudencia precedente, que «repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica aceptar la firmeza de distintas resoluciones jurisdiccionales, en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue». Se trata, por tanto, de una consideración de las dificultades que implica el efecto de cosa juzgada, cuya repercusión desde el punto de vista de la unidad del orden jurídico es indiscutible³⁶.

³² ALEXY/PECZENIK señalan como una de las limitaciones de la coherencia que es graduable: un ordenamiento puede ser más o menos coherente en distintos ámbitos (ALEXY/PECZENIK «The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality», *Ratio Juris*, [3-1], 1990, p. 145), porque se refieren a la vinculación entre coherencia y justificación del discurso. Sin embargo, cuando se trata de decidir sobre las consecuencias derivadas de actos contrarios a Derecho (ya se ha decidido que lo son, y en qué medida), y las consecuencias dependen de diferentes ámbitos del ordenamiento, es posible, a mi juicio, afirmar si la respuesta es coherente o incoherente.

³³ MAGRO SERVET, «Las consecuencias civiles del delito en el proceso penal», *La Ley penal*, (149), 2021: «un diverso tratamiento de la acción civil en el proceso penal (...) debe ser en principio absolutamente descartado, por cuanto existe una autonomía clara de la acción civil, aunque sea dentro del proceso penal, y, en consecuencia, deben primar los mismos criterios civilísticos dentro del proceso penal con respecto al ejercicio de la acción civil».

³⁴ Cfr. PANTALEÓN PRIETO, «“Perseverare diabolicum” (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)», *Jueces para la democracia*, (19), 1993, pp. 6 ss.

³⁵ Por todos HORTAL IBARRA, «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo», *InDret*, (4), 2014.

³⁶ Lo que puede plantearse en el sentido inverso: la cosa juzgada material de una sentencia civil y su vinculación al juez penal en relación con los elementos normativos del tipo. Cfr. sobre este punto KUHLI, *Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung: Institutionelle, rechtsverweisende und dichte Elemente im Strafrecht*, 2018, pp. 383 ss.; pp. 404 ss.

El fundamento de Derecho segundo de la sentencia, que responde a la pretensión de reconocimiento del valor de cosa juzgada de la sentencia penal del recurrente, expone con detalle la doctrina de la Sala y lo considera respaldo de la decisión en la Jurisprudencia constitucional: «la regla general es que la sentencia penal absolutoria no produce excepción de cosa juzgada en el ulterior proceso civil, salvo cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiere podido nacer o cuando se declare probado que una persona no fue autora del hecho objeto del proceso» (FJ 2, 4.1). El criterio se desarrolla tanto en los casos en que «hubo reserva de acciones civiles y se considera al acusado autor del resultado dañoso acaecido», como cuando, «ejercitada la acción civil en vía penal, la sentencia dictada por los tribunales de este orden jurisdiccional produce plenos efectos de cosa juzgada en un hipotético proceso civil ulterior sobre los mismos hechos» (FJ 2, 2).

Creo, de todos modos, que es útil una referencia sucinta al caso juzgado, en el que, ante la jurisdicción penal, se acusaba por un delito de lesiones imprudentes. Se trataba del caso de un niño con una enfermedad congénita, transmitida por su padre, que provocó que sufriera una anemia hemolítica y una subida de la bilirrubina muy elevada, y que los médicos que le atendieron en el hospital trataron de atajar mediante la práctica de una exanguinotransfusión, que resultó finalmente infructuosa. Como consecuencia, el menor sufrió lesiones consistentes en una afectación lesional de los núcleos de la base y una parálisis cerebral infantil tipo tetraparesia distónica de predominio izquierdo. Las secuelas (disartria grave y tetraparesia grave, con perjuicio estético considerable) le produjeron una grave limitación que exigió fisioterapia, logopedia, hidroterapia y ayuda y refuerzo escolar durante bastantes años, y han supuesto el reconocimiento de una minusvalía del 46%. La ginecóloga, que atendió al parto, y las tres pediatras, que, sucesivamente y durante los tres días posteriores al nacimiento, asistieron al recién nacido, fueron absueltas de un delito de lesiones imprudentes, en una sentencia del juez de lo penal que confirmó la Audiencia Provincial. En la sentencia absolutoria se señalaba que ni la ginecóloga ni las pediatras pudieron detectar la enfermedad hereditaria, puesto que el recién nacido no manifestó síntomas de padecerla ni «antecedentes familiares conocidos»; y se concluía «no les era exigible una actitud distinta a la que observaron», pues no existía «acreditación de infracción alguna de la diligencia exigible ni de la *lex artis* imputable a las cuatro médicas» acusadas.

Tras esta absolución, la entidad titular del hospital fue demandada en un procedimiento civil, en el que fue condenada. En el proceso civil se practicó prueba, de la que el juez de primera instancia concluyó que la ginecóloga conocía la enfermedad del padre, y que tanto a ella como a las pediatras les constaba que el padre había sufrido anemias hemolíticas con esplenectomía. La condena se fundaba, por tanto, en un «defecto organizativo» de la entidad «en la llevanza de los historiales clínicos». La Audiencia Provincial, al confirmar la sentencia del juzgado, destacó además que los síntomas del recién nacido ponían de manifiesto una situación de gravedad, y que ni la ginecóloga ni las pediatras practicaron las medidas pertinentes. Esta imprevisión se atribuía a «una falta de coordinación en cuanto a los datos de que dispusieron acerca de los progenitores y de la hija habida con anterioridad». En suma: la entidad titular del centro hospitalario debía responder «por sí misma y por las doctoras que en el mismo desarrollaban su trabajo».

La cuestión central era, por tanto, la aplicación del art. 116 LECr: «la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer». La cuestión decisiva

planteada por la sentencia deriva, a mi juicio, de la interpretación de estas palabras, que considero conclusivas en la exposición del criterio adoptado: «es perfectamente factible que un hecho no constitutivo de un ilícito penal, sí conforme uno de naturaleza civil del que nazca el derecho al resarcimiento del daño sufrido» (FJ 4, 3). Se trata, por tanto, de explicar hasta qué punto es admisible una acción civil después de una sentencia penal absolutoria en la que, por tanto, no se ha declarado la responsabilidad civil de sujeto alguno. Pero el Tribunal Supremo articula su interpretación del art. 116 LECr en tres pasos argumentales:

1º En primer término, la Sala Primera buscó respaldo en la doctrina sobre la incompatibilidad con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de pronunciamientos judiciales contradictorios. El Tribunal Constitucional reconoce que los órganos judiciales no han de aceptar siempre los hechos declarados por otra jurisdicción, y que es posible una discrepancia en la aceptación de determinados hechos como probados si hay una fundamentación suficiente (entre otras, STC (Sala Primera) 192/2009, de 28 de septiembre (BOE núm. 254, de 21 de octubre de 2009)). En ese sentido, el art. 116 LECr indicaría la excepción: la acción civil no se extingue ante una sentencia de un órgano judicial penal que no la declara, salvo que el contenido de la condena indique explícitamente que el hecho mismo en el que se apoyaría aquella acción no existió.

2º En un segundo paso argumental, la Sala Primera reconoce una especial relevancia a la diferencia en la valoración de la prueba en un proceso penal y en un proceso civil. Aunque la cita es anterior, ciertamente busca también aquí el apoyo de la doctrina del Tribunal Constitucional, y especialmente de la STC (Sala Primera) 15/2002, de 28 de enero (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2002), que reconoce el amparo en el reconocimiento del efecto de cosa juzgada a una sentencia penal cuya absolución se apoyaba en la falta de pruebas sobre la intervención del acusado en los hechos que considera probados. La Sala Primera distingue entre la «vigencia en la esfera penal del principio *in dubio pro reo*» en los casos de «dudas racionales» y la posibilidad, en el proceso civil, «de inversión probatoria en los casos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación de su génesis en atención a sus circunstancias profesionales o de otra índole (SSTS 16 de febrero, 4 de marzo y 11 de diciembre de 2009, 31 de mayo de 2011, 648/2019, de 17 de diciembre)», permitiría una condena por responsabilidad civil pese a la absolución penal.

3º En un tercer nivel, la Sala Primera se atiene a la valoración de la imprudencia y, por lo tanto, a un grupo de delitos en particular: las acciones penales ejercidas por delitos imprudentes. Una absolución por un delito imprudente «no impide apreciar imprudencia civil entablando una acción ulterior por responsabilidad extracontractual», porque ésta tiene un radio de aplicación más amplio que la penal (STS 165/2017, Civil, de 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:858)). De nuevo aquí es esencial la STC (Sala Primera) 15/2002, de 28 de enero (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2002), que no se limitaba a mencionar la ausencia de pruebas sobre la intervención del sujeto en el hecho, sino que también incidía en la existencia de otros «elementos y criterios de imputación» en la responsabilidad civil, como la «teoría del riesgo», la «propiedad de las cosas» o la «culpa *in vigilando* o *in eligendo*», que, evidentemente, están vinculadas a la responsabilidad extracontractual en el orden civil.

Creo que cada uno de estos niveles argumentales plantea una cuestión distinta, aunque exista relación entre ellas: en primer término, el fundamento constitucional de la coherencia en las decisiones judiciales de diferentes órdenes jurisdiccionales y, por tanto, el alcance que en la perspectiva de los derechos fundamentales puede otorgarse al postulado de unidad del orden

jurídico; en segundo lugar, el condicionamiento que, en las decisiones, tiene el marco en el que se adopta, y muy especialmente la reglas de carga de la prueba; y, en tercer lugar, los límites a la transversalidad de las instituciones de Derecho penal y de Derecho civil sustantivo.

3. La coherencia del orden jurídico y la jurisprudencia constitucional

El primer nivel de argumentación es sustancialmente constitucional: cuando la Sala de lo Civil del TS considera que la cuestión planteada sobre decisiones judiciales contradictorias afecta a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva, reconoce su dimensión constitucional. Esto se ratifica cuando, en una perspectiva algo distinta, se afirma que el requerimiento de coherencia del Derecho es una exigencia de justicia³⁷. Por esta razón, el TS intenta despejar las dudas que podrían surgir al adoptar una decisión sobre la responsabilidad civil basada en conclusiones sobre los hechos diferentes a las que, previamente, había llegado un tribunal penal, y lo hace acudiendo a varias decisiones del Tribunal Constitucional, que examinaré con cierto detalle. Como se ha de ver, salvo en el caso de la STC (Sala Primera) 15/2002, de 28 de enero (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2002), las sentencias, que cita en su respaldo la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, hacen expresa mención de la doctrina según la cual «unos mismos hechos bajo distinta calificación jurídica pueden ser apreciados motivadamente de manera diferente por los órganos judiciales». Se citan en ese sentido las sentencias STC (Sala Primera) 34/2003, de 25 de febrero (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2003); STC (Sala Segunda) 16/2008, de 31 de enero (BOE núm. 52, de 29 de febrero de 2008); STC (Sala Segunda) 139/2009, de 15 de junio (BOE núm. 172, de 17 de julio de 2009); y STC (Sala Primera) 192/2009, de 28 de septiembre (BOE núm. 254, de 21 de octubre de 2009), que reiteran esta afirmación o algunas similares.

Sin embargo, no es claro que estas sentencias del Tribunal Constitucional marquen línea definida que apoye la decisión del Tribunal Supremo, y, en particular, si se entiende que el problema planteado es la cosa juzgada y su relación con el art. 116 LECr. En realidad, sólo la STC (Sala Primera) 15/2002, de 28 de enero (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2002) se refiere al art. 116 LECr, y el caso afecta a una absolución. El demandante de amparo y otras personas, como miembros de una comunidad de regantes, había denunciado a un tercero por los daños ocasionados en un tramo de la canalización de un acueducto común. El juicio de faltas concluyó con la absolución del denunciado porque no se consideró acreditado «que él fuera el que hubiese roto los tubos», y la sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial. Con posterioridad, el demandante de amparo había promovido un juicio civil de cognición, en el que se estimó la excepción de cosa juzgada, y la Audiencia Provincial confirmó esta sentencia. Sin embargo, el Tribunal Constitucional estimó el amparo, porque entendió que la sentencia absolutoria había impedido que el juez examinara y se pronunciara sobre las eventuales responsabilidades civiles en que pudo incurrir el denunciado en el juicio de faltas, pues esta cuestión no pudo ser juzgada. Es claro que la absolución por falta de pruebas de intervención del acusado en el hecho que se le imputaba no permitía una condena declarando la responsabilidad civil, y, según el Tribunal Constitucional, la «no-autoría no está cubierta por el efecto positivo de la cosa juzgada que establece el art. 116 LECr».

El criterio, en este caso, es claro: una absolución cuando se duda de que el acusado haya intervenido en el hecho del que deriva el perjuicio, y sobre el que se configura el objeto del proceso penal, no puede restringir el derecho a la tutela judicial del perjudicado a obtener una

³⁷ CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, 2ª ed., 1983, pp. 16 ss.

declaración sobre la responsabilidad civil, que sería posible en un proceso civil. Las razones son dos y están relacionadas entre sí: por una parte, la acción civil no ha podido concretarse en el proceso penal porque la sentencia absolutoria lo impide, fuera de casos que prevé la ley penal de forma explícita; por otra, esta absolución responde a unas reglas de prueba diferentes a las que regirían en un proceso civil.

Aunque en un ámbito distinto, y sin referirse al art. 116 LECr, el caso tratado en STC (Sala Segunda) 139/2009, de 15 de junio (BOE núm. 172, de 17 de julio de 2009)³⁸ presenta algunas similitudes con el caso anterior, porque el Tribunal Constitucional admite la posibilidad de discrepancia entre una resolución judicial que excluye la responsabilidad penal y otra que ha de definirse sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ciertamente, no se trata de la responsabilidad civil derivada del delito en sentido estricto, sino de la responsabilidad derivada del funcionamiento normal o anormal de las Administraciones públicas³⁹. Pero es, en todo caso, responsabilidad extracontractual derivada de los daños causados⁴⁰ y, aunque es de carácter objetivo, la base de la relación causal con el daño se encontraba en la actuación de los mandos militares cuyas órdenes sobre el lugar y la forma en que se hacían prácticas de esquí en la unidad en la que prestó su servicio militar el reclamante. Por eso, la denegación en el ámbito de lo contencioso-administrativo se apoyaba precisamente en la falta de causalidad entre lesión y actividad durante el servicio militar con la que, en el ámbito penal militar, se había descartado la responsabilidad de los mandos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional destacó que «los criterios legales que determinan la responsabilidad civil que se ventila en el proceso penal no coinciden con los que ordenan la responsabilidad patrimonial de la Administración». Esto es: la prueba de la causalidad debería haber respondido, según el Tribunal Constitucional, a las reglas propias del procedimiento administrativo para la determinación de la responsabilidad patrimonial, y no a las reglas del proceso penal. Hay una divergencia esencial con la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo: mientras la responsabilidad extracontractual civil supone una determinación subjetiva (la “culpa o negligencia” del art. 1902 CC), con alguna excepción, como la aplicación de la teoría del riesgo a los riesgos extraordinarios, aquí el problema se centra en la mera vinculación causal (objetiva) del daño. Pero es evidente la relación con el criterio seguido

³⁸ El recurrente en amparo había denunciado a los mandos militares durante el servicio militar, a quienes atribuía la responsabilidad de una lesión consistente en condromalacia rotuliana bilateral, puesto que le habían ordenado «esquiar fuera de pistas y por pistas inadecuadas a un ritmo acelerado». El Tribunal Militar Territorial consideró que no existió un comportamiento doloso o imprudente por parte de los mandos militares, y el Tribunal Supremo confirmó el sobreseimiento negando que existiera una relación de causalidad entre la actuación de los mandos y las lesiones, que además entendía como una enfermedad. Por otra parte, y sobre la base de una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado que fue desestimada, la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional denegó la pretensión del recurrente fundando su decisión en la «clara y terminante declaración de que las dolencias padecidas por [el recurrente] son propias de una enfermedad y no producidas por el evento lesivo». El Tribunal Constitucional estimó el amparo, y se apoyó en la ausencia de motivación de la Audiencia Nacional, que podía haber concluido de forma diferente sobre la relación del nexos causal, tanto más si se considera que las «pruebas periciales eran distintas y posteriores a las tenidas en cuenta por la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo». Además, no deja de reseñar que «los criterios legales que determinan la responsabilidad civil que se ventila en el proceso penal no coinciden con los que ordenan la responsabilidad patrimonial de la Administración».

³⁹ Con carácter general, se prevé esta responsabilidad, en el art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; pero también en los arts. 139 y 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que sí estaban vigentes en el momento de los hechos.

⁴⁰ Cfr. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «Principios de la responsabilidad extracontractual de la administración pública (artículos 139 y 141 LRJPAC)», en QUINTANA LÓPEZ/CASARES MARCOS, *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, 2013.

por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, al definir la diferencia sustancial entre las reglas de la prueba en el proceso penal y en el proceso administrativo.

Otras sentencias del Tribunal Constitucional, citadas por el Tribunal Supremo, se refieren siempre a diferentes ámbitos del Derecho laboral, y resulta más difícil encontrar una cierta analogía que permita derivar el criterio en el que se apoya. En la STC (Sala Primera) 34/2003, de 25 de febrero (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2003)⁴¹, se mantiene que no hay lesión de la tutela judicial efectiva cuando una sentencia valora unos hechos distintos de forma motivada; pero una lectura detenida de la sentencia permite apreciar que, a juicio del TC, existen diferentes reglas de la prueba según el objeto del proceso laboral: en las resoluciones derivadas de un acta de inspección en la que se hacía constar que existían personas trabajando que carecían de contrato laboral, las reglas de la prueba a la hora de revisar la sanción o la resolución que obliga a una de aquellas personas a la devolución de prestaciones derivadas de su falta de trabajo, son diferentes a las que rigen en la revisión de la resolución por la que se acuerda la liquidación de cuotas de la Seguridad Social. Aunque, a mi juicio, la decisión no es totalmente clara, parece que el TC aplica, si se trata de un procedimiento sancionatorio, reglas sobre la carga de la prueba similares a las que se admiten en un proceso penal, y este criterio se aplicaría también en casos de infracciones cometidas por trabajadores, beneficiarios y solicitantes de prestaciones⁴², que, en ocasiones, podrían ser también imputadas como delito⁴³.

En las sentencias STC (Sala Segunda) 16/2008, de 31 de enero (BOE núm. 52, de 29 de febrero de 2008)⁴⁴ y STC (Sala Primera) 192/2009, de 28 de septiembre (BOE núm. 254, de 21 de octubre de

⁴¹ El amparo se articula a partir de un acta de inspección de trabajo en la que se hacía constar la presencia de dos personas –una de ellas ejerciendo tareas de camarero, y otra en funciones de limpieza– de la que derivan tres sentencias diferentes, todas ellas de la misma Sala contencioso-administrativa: en la primera, se estimaba el recurso del trabajador, que había impugnado la resolución administrativa por la que se acordaba la devolución de cantidades percibidas indebidamente, y se negaba la existencia de la relación laboral; en la segunda, se volvió a negar la existencia de la relación laboral al estimar el recurso frente a la sanción impuesta a la entidad titular del bar; y en la última, sin embargo, se reconocía la existencia de esta relación laboral y se mantenía el acta de liquidación de cuotas de la Seguridad Social por el tiempo no abonado en relación con ambos trabajadores. Frente a esta última sentencia se interpuso el recurso de amparo, que fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

⁴² En el caso de la sentencia, se trata de una infracción prevista en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto), y, aunque con una descripción mucho menos exhaustiva, lo eran los arts. 17 y 30 de la ley precedente (Ley 8/1988, de 7 de abril). Esto es así más allá de que se trate de una infracción grave del art. 25.3 y no muy grave del art. 26 (cfr. la STS, Social, de 15 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3089), y el criterio es confirmado en otras más recientes, como la STS 892/2017, Social, de 15 noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4246)). Los tribunales, por otro lado, ya han aplicado el art. 307 ter en estos casos, aunque se trata de un texto que no estaba vigente en el momento de los hechos a los que se refiere la sentencia del TC. Sin duda, la sanción –o la pena– implica la suspensión de la prestación; pero se requiere la devolución de prestaciones recibidas de forma indebida (art. 55 de la Ley de Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, «sin perjuicio de la responsabilidad administrativa o penal que legalmente corresponda»).

⁴³ Tras la entrada en vigor de la reforma del Código penal en la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, si se trata de un «error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar», el disfrute indebido de las prestaciones se prevé como delito en el art. 307 ter CP. No obstante, esto no es relevante en el caso concreto, puesto que los hechos a los que se refiere la STC (Sala Primera) 34/2003, de 25 de febrero (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2003) fueron cometidos en 1992 y 1993 –el acta de inspección está fechada en abril de 1993– y la sanción de extinción del derecho al percibo de las cantidades indebidamente percibidas –como consecuencia de una infracción muy grave prevista del art. 30.3.1 de la Ley 8/1988– se impone el 10 de agosto de 1994.

⁴⁴ La cuestión estaba vinculada con la existencia de una infracción de normas de prevención de riesgos laborales y de seguridad en el trabajo. De ahí derivaron dos resoluciones diferentes: la imposición de una sanción por las dos infracciones –una grave y otra leve– cometidas, por una parte; y una resolución de recargo de las cuotas de la Seguridad Social, por otra. La impugnación de la resolución de recargo fue resuelta por una sentencia de un juzgado de lo social, que la revocaba indicando que «puso de su parte todo lo que pudo para evitar el accidente» y

2009)⁴⁵, se trata de nuevo de hechos vinculados al Derecho laboral, aunque la perspectiva es ahora las normas de prevención de riesgos laborales y, más concretamente, de establecer los límites de la presunción *iuris tantum* de veracidad del acta de la inspección de trabajo. Cuando, en el primer caso, se decide sobre el recargo de las cuotas de la Seguridad Social; o cuando, en el segundo, se indica que no basta con mantener la «supuesta inexistencia de responsabilidad empresarial por falta de comportamiento no diligente», se exige precisamente que, con la prueba, se rebatiera esta presunción. Estas últimas sentencias, como las anteriores referidas al ámbito laboral, no afectan a órdenes jurisdiccionales distintos, a diferencia de lo que puede constatarse en las relativas a la responsabilidad civil en un caso resuelto en un proceso penal o a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en un caso resuelto en un proceso penal militar.

Sin embargo, en todos los casos se dirige la solución del problema en una misma dirección: las cuestiones relativas a la coherencia del orden jurídico examinadas en las sentencias son siempre abordadas como un problema de las reglas de la prueba en el proceso; o mejor dicho: como un problema derivado de las diferentes reglas de carga de la prueba que rigen en diferentes órdenes jurisdiccionales o, incluso dentro de un mismo orden jurisdiccional, de acuerdo con la naturaleza de la cuestión concreta que ha de ser dilucidada. De modo particular, y en lo que se refiere al problema de la responsabilidad civil, lo que destaca es el contraste cuando entran en juego el proceso penal y, hasta cierto punto, procesos dirigidos a imponer una sanción. Por lo general, este trato diferenciado sobre la denominada carga de la prueba, cuando afecta al proceso penal, se relaciona con la presunción de inocencia y adquiere una dimensión constitucional, que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo introducía con la referencia al principio *in dubio pro reo*. Hasta qué punto esto es así ha de ser examinado a continuación.

4. Tutela judicial efectiva y acción civil

atribuía la responsabilidad a «la ligereza con que en los hechos actuó un tercero». Las sanciones, sin embargo, se mantuvieron en la sentencia dictada con posterioridad por la Sala de lo contencioso-administrativo, porque se afirmaba la existencia de las infracciones, sobre la base de que no se había podido desvirtuar la presunción *iuris tantum* de veracidad de la que gozan las actas de los inspectores de trabajo, aunque también añade algún dato como el reconocimiento, por parte de la empresa, de la falta de homologación de la máquina. El TC estimó el amparo entendiendo que era necesario ir más allá de la presunción de veracidad del acta de inspección.

⁴⁵ Se refiere al caso de una enfermera que obtuvo la declaración de incapacidad permanente absoluta en una sentencia de un juzgado de lo social, que fue confirmada por la Sala de lo Social del TSJ, y en la que se justificaba la decisión por la exposición a las emanaciones del óxido de etileno de un aparato para la esterilización de utensilios médicos, que tenía lugar de forma continua «durante más de dos años, ocho horas al día» sin «utilización de mascarilla, guantes o gafas de protección de ningún tipo», y sin «una ventilación adecuada» o sistemas «para el control de las posibles fugas». No obstante, cuando la recurrente solicitó el derecho a cobrar un recargo del 50 por 100 sobre su pensión, la demanda se desestimó por un juzgado de lo social porque no quedaba acreditado el incumplimiento por la empresa de las medidas de seguridad, y esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Social del TSJ. Su fundamento era precisamente el opuesto a la anterior: el aparato de autoclave estaba «conectado al exterior y hacía su desgasificación»; el local en el que se hallaba tenía rejilla de ventilación forzada y estaba separado de la zona habitual de trabajo; existían «tiempos de aireación» y se realizaban descargas; y, desde que la máquina entró en funcionamiento, se utilizaron mascarillas, guantes y bata. El TC estima el recurso de amparo, y son dos sus argumentos: por una parte, «cuando previamente había quedado acreditado el incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo», no basta con cuestionarse la certeza del contenido del informe de la inspección o mantener la «supuesta inexistencia de responsabilidad empresarial por falta de comportamiento no diligente»; por otro, no es convincente indicar que «el incumplimiento de medidas de seguridad constatado en los anteriores procedimientos, tanto podía imputarse a la empresa como al trabajador al no haberse precisado quién había sido el sujeto de tal infracción, cuando es manifiesto que la decisión sobre la instalación, aislamiento y uso de la máquina correspondía a la demandada y no a la actora».

4.1. Principio *in dubio pro reo* y carga de la prueba

La relación entre presunción de inocencia y reglas de carga de la prueba es discutida, porque, con frecuencia, la presunción de inocencia se presenta precisamente como una regla de carga de la prueba⁴⁶. La cuestión de si, sobre algún aspecto, es posible imponer esa carga de la prueba al acusado, no es inédita, y en ocasiones se traslada a la teoría del delito, como la tesis, mantenida frecuentemente por la acusación en el proceso penal, de que su carga de la prueba sólo afecta a la existencia del delito y, por tanto, a la imputación del tipo penal al autor. De hecho, en los tribunales ingleses es admitida⁴⁷, con carácter general, la posibilidad de aceptar la inversión de la carga de la prueba en determinados casos, y existe un debate doctrinal al respecto -sobre todo, después de la *Human Rights Act* de 1998- y sobre cuáles son los criterios y los límites de esta inversión⁴⁸. En realidad, el sentido de la presunción de inocencia no es otro que «el mantenimiento de la incertidumbre sobre el resultado que debe presidir todo proceso»⁴⁹, que, en el proceso penal, se concreta más que como una presunción en sentido estricto, como un principio⁵⁰, el proceso mismo⁵¹ o -en palabras de DUFF- en una «actitud práctica»⁵². Lo cierto es que la idea de la carga de la prueba tiene un encaje racional más fácil en el proceso civil -el

⁴⁶ STUMER, *The presumption of innocence. Evidential and Human Rights Perspectives*, 2010, lo aborda como una cuestión conceptual de la presunción de inocencia, en pp. 8 ss.; posteriormente, sobre las inversiones de la carga admisibles y su fundamento, en pp. 152 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, 2012, p. 37, aunque, como se ha de ver, dando una visión más amplia de la presunción de inocencia; crítico, NIEVA FENOLL, «La razón de ser de la presunción de inocencia», *InDret*, (1), 2016, p. 10 ss.

⁴⁷ Una comparación general entre la legislación y la práctica de los tribunales españoles e ingleses en relación con la responsabilidad civil cuando el hecho que produce el daño es un delito, en DYSON, «Respuestas del Derecho civil a las sentencias penales en Inglaterra y España», *InDret*, (3), 2015, pp. 1 ss.

⁴⁸ HAMER, «The Presumption of Innocence and Reverse Burdens: A Balancing Act», *The Cambridge Law Journal*, (66-1), 2007, p. 143: «la cuestión crucial es cómo distinguir entre inversiones persuasivas de la carga de la prueba compatibles e incompatibles» (con la presunción de inocencia). STUMER, considera “excesivo” un rechazo de cualquier inversión de la carga de la prueba y propone atender a la “atenuación” de las razones de la presunción de inocencia evitando el riesgo de condenas injustas y absoluciones erróneas (STUMER, *The presumption of innocence*, 2010, pp. 111, 118, 152 ss.). Críticamente sobre las bases de STUMER y sobre sus consecuencias, también HAMER, «A Dynamic Reconstruction of the Presumption of Innocence», *Oxford Journal of Legal Studies*, (31-2), 2011, pp. 417 ss. En el Derecho americano, LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, 2008; FERGUSON, «The Presumption of Innocence and its Role in the Criminal Process», *Criminal Law Forum*, (27), 2016, pp. 131 ss.

⁴⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, 2012, p. 37.

⁵⁰ En este sentido, NIEVA FENOLL, *InDret*, (1), 2016, p. 14, quien indica que se trata de «un simple principio general orientador de la convicción judicial acerca de la inocencia, que trata de alejar al juez del prejuicio social de culpabilidad». Hay un argumento de sentido común destacado por SÁNCHEZ-VERA, que no debe dejarse de lado: lo que se presume es la culpabilidad, y no la inocencia, y por eso el proceso va dirigido contra el acusado (SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, 2012, p. 15)

⁵¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, 2012, p. 17, pp. 33 ss. En esta perspectiva observaba BENTHAM la contradicción entre «la pretendida suposición de que la parte acusada es inocente» con los hechos («this supposition is at once contrary to facts»): «the defendant is not in fact treated as if he were innocent, and it would be absurd and inconsistent to deal by him as if he were. The state he is in is a dubious one, betwixt non-delinquency and delinquency: supposing him non delinquent, then immediately should the procedure against him drop: everything that follows is oppression and injustice» (BENTHAM, «Principles of Judicial Procedure, with the outlines of a procedure Code», en BOWRING (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, v. 2, 1843, Cap. XXIX, p. 169). El argumento de BENTHAM no es, sin embargo, de carácter fáctico (en la práctica se le supone culpable), sino normativo (desde que se dirige el procedimiento contra él, si se le supone inocente, todo lo que se le hiciera sería opresión e injusticia y, por tanto, ilegítimo; por tanto, si se adoptan medidas contra él, es porque se le supone culpable).

⁵² DUFF, «Presuming Innocence», en ZEDNER/ROBERTS (eds.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, 2012, p. 52.

demandante ha de probar los hechos en los que funda su demanda- que en el proceso penal⁵³. En el proceso penal, la denominada carga de la prueba deriva, simplemente, de la lógica propia de una sentencia absolutoria: aquél a quien, tras ser acusado de un hecho punible, no puede imputarse un hecho punible, debe ser absuelto⁵⁴, y esta consecuencia procede también en los casos de duda: si existen dudas de que sea el autor del hecho, debe aceptarse que no lo es⁵⁵. La cuestión parece más compleja en el proceso civil, porque aquí existe una denominada «distribución de la carga de la prueba», en la que los hechos han de ser probados por la parte que los alega⁵⁶. Pero esta diferencia deriva del principio *in dubio pro reo* y no, en sentido estricto, de la presunción de inocencia⁵⁷.

La Sala de lo Civil del TS, en la STS 84/2020, Civil, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:378), alude a dos aspectos diferentes sobre este punto: atribuye al principio *in dubio pro reo* la función de «atemperación» de la valoración de la prueba, por una parte; y lo contrapone a las reglas del proceso civil. Sobre las reglas de la carga de la prueba subraya que, en el proceso civil, «rigen manifestaciones de inversión probatoria, en los casos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación de su génesis en atención a sus circunstancias profesionales o de otra índole». La ley, por otro lado, reserva algunos otros casos de inversión: los procedimientos sobre competencia desleal y publicidad ilícita, en los que el demandado ha de probar la exactitud de sus indicaciones y manifestaciones o la de los datos materiales contenidos en la publicidad; y los procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamentan en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, en los que el demandado ha de probar la ausencia de discriminación de las medidas y su proporcionalidad (art. 217.3 y 4 LECiv). Creo que sólo el segundo aspecto -el relativo a la carga de la prueba- tiene interés, porque dudo que el principio *in dubio pro reo*, o la presunción de inocencia misma⁵⁸, tengan como fin la

⁵³ NIEVA FENOLL, *InDret*, (1), 2016, p. 10. NIEVA FENOLL considera ilógica la regla de la carga de la prueba y atribuye todo el relieve a la cosa juzgada (EL MISMO, «La carga de la prueba: una reliquia histórica», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, [1], 2018, pp. 129 ss., 140 y ss). GÓMEZ COLOMER, *El indicio de cargo y la presunción judicial de culpabilidad en el proceso penal*, 2021, p. 87: «en el proceso penal no hay carga de la prueba, al menos no la hay en el mismo sentido que tiene el concepto en el proceso civil, por lo que las máximas de la experiencia aplicadas para llegar desde un indicio a una presunción, únicamente afectan argumentativamente a la acusación».

⁵⁴ ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 9ª ed., 1997, pp. 68 s.

⁵⁵ ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 9ª ed., 1997, p. 70. Se trata del principio *in dubio pro reo*: si existen dudas de que sea el autor del hecho, debe aceptarse que no lo es; si existen dudas de que actuó en legítima defensa, debe aceptarse que lo hizo; si existen dudas de que estaba en pleno uso de sus facultades mentales, debe aceptarse que no lo estaba.

⁵⁶ ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 9ª ed., 1997, p. 70.

⁵⁷ La relación entre presunción de inocencia y principio *in dubio pro reo* es discutida: más allá de la cuestión en una perspectiva constitucional, que se apunta en el texto, el TS niega el acceso a la casación de pretendidas infracciones del principio *in dubio pro reo*, ya que «la duda del tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio *in dubio pro reo* no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda» (STS 666/2010, Penal, de 14 julio [ECLI:ES:TS:2010:4221] y, recientemente, STS 642/2021, Penal, de 15 julio [ECLI:ES:TS:2021:2885]). No es momento para entrar en esa cuestión, porque el problema, tal como se plantea ahora, es de reglas de la carga de la prueba, y nadie duda que, precisamente en ese ámbito es dónde actúa en sentido estricto el principio *in dubio pro reo*. Sobre los múltiples significados atribuidos a la presunción de inocencia, VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, 1993, pp. 35 ss.; sobre la relación entre uno y otro concepto, IGARTUA SALAVERRÍA, «Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, “in dubio pro reo”», *Anuario de Derechos Humanos*, (2), 2001, pp. 459 ss.

⁵⁸ Aunque implícitamente aparece a continuación mi opinión sobre la relación entre presunción de inocencia y principio *in dubio pro reo*, no voy a abordar la cuestión. Conocido es el debate sobre este problema, y la posición de la jurisprudencia. Sobre los múltiples significados atribuidos a la presunción de inocencia, VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, 1993, pp. 35 ss.; sobre la relación entre uno y otro concepto,

«atemperación» de la prueba; o, incluso, dudo del significado que pueda atribuirse a una función de «atemperación».

En una consideración funcional, el principio *in dubio pro reo* debe ser entendido como cierre de la presunción de inocencia, tal como ha defendido SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: el plano de la duda es posterior en el tiempo al de la valoración, y presupone esta valoración de la prueba ya existente, cuando no conduce a la certeza sobre la decisión⁵⁹. Esta consideración como cierre no es ajena a la teoría del proceso: las reglas de la carga de la prueba, en el proceso civil, son también normas de cierre del sistema de valoración en caso de duda: el art. 217 LECiv señala, explícitamente, que rigen para los casos en que «el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión». La diferencia, en este sentido, entre el proceso penal y el proceso civil estriba en cómo actúan respectivamente sus respectivas cláusulas de cierre en caso de duda: en el proceso penal, la duda conduce siempre a apreciar la pretensión del acusado o a desestimar la de la acusación; en el proceso civil, la duda sobre hechos en que se apoya la demanda perjudica al actor que no pudo probarlos, y la duda sobre hechos impeditivos, extintivos o excluyentes, perjudican al demandado que no pudo probarlos. Por tanto, es evidente que el proceso penal y el proceso civil tienen diferentes reglas de cierre en el caso de duda, y que, cuando la acción civil se ejercita en el marco del proceso penal, rigen las reglas de este último.

4.2. De la carga de la prueba a la tutela judicial efectiva

Creo que, de ese modo, queda claramente definido el problema que aborda la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su interpretación del art. 116 LECr: la frustración de las expectativas del perjudicado cuya acción civil se ha ejercitado en el marco de un proceso penal en caso en que el juez resolvió la duda aplicando el principio *in dubio pro reo*, que actuaría en la sentencia como una regla de carga de la prueba. Si se aceptase, en este caso, que la sentencia dictada por el juez penal, al devenir firme, tiene efecto de cosa juzgada material, esta frustración de expectativas se convertiría en la frustración del derecho a ser resarcido del daño causado, porque precisamente la finalidad de la cosa juzgada es evitar la reiteración de juicios⁶⁰.

Regreso al art. 116 LECr que, a mi juicio, intenta desligar la suerte de la acción civil de la de la acción penal para fijar las condiciones en las que el perjudicado, pese a la extinción de la acción penal, puede ejercitar la civil. Por eso, establece una excepción cuando una sentencia penal declara que no ha existido el hecho. Esta excepción es, en realidad, un límite en función de la unidad del orden jurídico: si el juez penal dice que el hecho no existió, ninguna otra rama del ordenamiento puede volver a juzgar sobre si existió o no. Simplemente, no existió. La amplitud que se dé a esta declaración de que «el hecho de que la (responsabilidad) civil hubiese podido nacer no existió» es la clave, que, como se ha visto, no depende en sentido estricto de la carga de la prueba, sino de la eficacia que se atribuya a una sentencia en la que esta declaración es posterior a una duda.

Para dar una respuesta, creo esencial detenerme en la forma en la que el juez adopta la decisión y, sobre todo, en el análisis de si el juez penal, cuando resuelve sobre la acción civil, discrepa en

IGARTUA SALAVERRÍA, «Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, “in dubio pro reo”», *Anuario de Derechos Humanos*, (2), 2001, pp. 459 ss.

⁵⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, 2012, p. 29, pp. 209 ss.

⁶⁰ NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, 2010, p. 119. Del mismo modo que el principio *in dubio pro reo* es el cierre de la presunción de inocencia (SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, 2012, p. 29), la cosa juzgada es el cierre del proceso.

algo en la forma en la que decide el juez civil. Me detengo, en ese sentido, en el análisis de VEGAS TORRES sobre la fijación de hechos en el proceso civil, que sigue el orden marcado por DE LA OLIVA SANTOS⁶¹: en realidad, la fijación de los hechos no es la primera tarea de un juez civil, que antes ha de considerar si lo que pide el demandante es admisible en Derecho y si de las normas alegadas por el demandante o de otras, puede desprenderse el efecto jurídico reclamado en la demanda sin incurrir en incongruencia; pero, además, antes de fijar los hechos, el juez civil ha de efectuar una subsunción previa de los hechos en los que se apoya el demandante -¡no de los hechos fijados!- para considerar si las normas serían, en su caso, aplicables. No creo que estos tres pasos previos sean ajenos al juez penal, cuando decide sobre la responsabilidad civil⁶², y este último paso es particularmente visible cuando, por ejemplo, se afirma que existe responsabilidad civil subsidiaria de una entidad bancaria en una estafa en la que, el autor, se ha apropiado de las claves de acceso de la perjudicada⁶³. VEGAS TORRES pone el acento, además, en la tarea de fijación de los hechos, y destaca algo que me parece decisivo: por una parte, para el juez civil, no todos los hechos derivan de la prueba en sentido estricto, sino que existen hechos notorios y admitidos - incluso tácitamente admitidos- y presunciones; por otro lado, que es preciso diferenciar entre hechos constitutivos y hechos impeditivos, extintivos o excluyentes⁶⁴. De ordinario, el juez penal tiene en cuenta estos criterios: cuando, en el juicio, el perjudicado declara que ya ha percibido la indemnización, porque los daños causados estaban asegurados, el juez considera probado un hecho que imposibilita la condena en responsabilidad civil, y que sería impeditivo si cabe la repetición por parte del asegurador y excluyente en otro caso. Mi análisis, teniendo en cuenta este planteamiento, se basa en la valoración de la tarea del juez penal al resolver la cuestión de la responsabilidad civil y, sobre todo, en si el marco en el que adopta la decisión es diferente al marco en el que la adoptaría un juez que decidiera únicamente sobre la acción civil. Si en esta decisión, las reglas de resolución de la duda no fueran compatibles con un proceso civil, un reconocimiento de efecto de cosa juzgada material de la sentencia penal que evitase el ejercicio de la acción civil sería restrictivo del derecho a la tutela judicial efectiva del perjudicado. Con esta finalidad, intentaré analizar el problema en un análisis sobre dos tipos de decisiones:

⁶¹ VEGAS TORRES, «La fijación de los hechos en el proceso civil», en AA.VV., *Estudios Jurídicos*, 2007, pp. 3 s.; la definición general de los pasos de decisión del juez, que concreta en lo relativo a los hechos, en DE LA OLIVA SANTOS/DÍEZ-PICAZO, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3ª ed., 2004, pp. 438 ss.

⁶² Aunque no he de extenderme ahora sobre esa cuestión, tampoco lo es cuando resuelve sobre temas penales, donde siempre existe una subsunción previa que requiere comprobar si los hechos denunciados o contenidos en la querrela serían constitutivos de delito y, por tanto, justificarían el inicio del proceso; tal vez en el proceso penal este juicio es simultáneo con una primera aproximación sobre la verosimilitud de esos mismos hechos.

⁶³ Cfr. STS 49/2020, Penal, de 12 febrero (ECLI:ES:TS:2020:332). Evidentemente, cuando la sentencia mantiene la condena de la Audiencia Provincial sobre la base del art. 120 CP aplica el Derecho a los hechos probados; pero en la decisión fundamental de que es aplicable la infracción de los “reglamentos de policía”, requerida para mantener que existe responsabilidad civil subsidiaria, hay una tarea de “subsunción previa” que integra en ese concepto «los deberes de seguridad que los bancos deben observar para llegar a consolidar un espacio seguro de actuación» sobre la base del Derecho nacional y europeo. Para afirmar esto, es indiferente que se coincida o no con la conclusión de la sentencia; lo que me parece claro es que el juez penal, en este caso, ha de efectuar una comprobación previa que es propia de un juez civil.

⁶⁴ Por otra parte, la STS 49/2020, Penal, de 12 febrero (ECLI:ES:TS:2020:332), a la que me acabo de referir, sigue, a mi juicio, este criterio, aunque del orden seguido en su fundamentación pudiera derivarse algo distinto: tras la subsunción previa, que implica que la pretensión es admisible («el Banco era el depositario del dinero, a él incumbía su adecuada custodia» y «fue el receptor de un engaño» y «el sistema de seguridad que amparaba su operativa no fue capaz de detectar el mismo»), y considerar probados los hechos que permiten la subsunción en la estafa, «niega eficacia enervadora de la responsabilidad civil» a dos hechos que la entidad bancaria alega como excluyentes: la actitud de la víctima, que no advirtió que una primera transferencia desde su cuenta no había sido ordenada por ella y que el TS no entiende como “negligencia grave”; o la de una vecina, que permitió que el acusado entrara en casa de la víctima y obtuviera los datos para el acceso a la cuenta.

1. Un primer tipo de decisión afecta a la excepción que menciona expresamente el art. 116 LECr: si al hacer referencia a una sentencia penal firme que declara que el hecho no ha existido, se comprende los casos en que la decisión se adopta al amparo del principio *in dubio pro reo*. Contemplaré la hipótesis en el caso de la STC (Sala Primera) 15/2002, de 28 de enero (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2002) (daños en el tubo del acueducto). La decisión de que los tubos no fueron dañados puede tener dos explicaciones: sobre la prueba existente, o bien el juez penal ha llegado a la convicción de que no estuvieron dañados, o bien no ha podido salir de la duda, y esto le ha llevado a la absolució. El efecto de cosa juzgada de la sentencia firme sólo dañarí la tutela judicial efectiva en el segundo caso, porque la regla de carga de la prueba que supone el principio *in dubio pro reo* no hubiera sido efectiva en un proceso civil; en el proceso penal, la carga material de la prueba de los hechos que se imputan recae sobre la acusación en todo caso.

2. Un segundo tipo de decisión, que es el tratado expresamente en la STS 84/2020, Civil, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:378), parte de la base de que la referencia a la inexistencia del hecho del art. 116 LeCr alcanza a aquellos casos en los que lo que se declara es la “no autoría” del acusado; esto es, que al acusado no pueden serle imputados los hechos. De nuevo, el principio *in dubio pro reo* marca dos hipótesis, que desde el punto de vista de la cosa juzgada de la sentencia penal son equivalentes: o bien el juez tiene la convicción de que el acusado no fue quien cometió los hechos; o bien resolvió sus dudas, tras valorar la prueba practicada, con una absolució.

4.3. La acción civil preservada

A primera vista, todas las decisiones a las que he hecho referencia resultarían equivalentes si se contempla el efecto de cosa juzgada penal: no cabría una reiteración de un proceso por esos mismos hechos. Existen algunas particularidades que afectan especialmente al caso de la STS 84/2020, Civil, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:378). Por una parte, en el proceso civil, la acción civil estaba dirigida contra la entidad propietaria de la clínica y no, como en el proceso penal, contra las acusadas, que formaban parte del personal médico. La variación, aunque ha de mencionarse, no me parece decisiva, porque la entidad propietaria de la clínica debía ser, de acuerdo con el art. 120.3º CP, responsable civil subsidiaria; y porque, finalmente, la argumentación del Tribunal Supremo, al mantener la procedencia de la declaración de responsabilidad civil, se basaba en afirmar la negligencia del personal médico. Sin embargo, sí me parece determinante la posibilidad de ámbitos de inversión en la carga de la prueba, que implican excepciones de las reglas de carga formal. A partir de lo indicado antes, y sobre estas consideraciones, creo posible delimitar en qué casos, siempre que la acción civil se haya ejercitado conjuntamente con la penal, es procedente un nuevo ejercicio de la acción civil con posterioridad a una sentencia absolutoria firme que, en un sentido amplio, niega la existencia de los hechos:

1ª Si la decisión del juez penal que absuelve responde a la convicción de que el hecho no se produjo o de que al acusado no le puede ser imputado, la sentencia dictada tiene pleno efecto de cosa juzgada e impide al perjudicado el ejercicio de la acción ante la jurisdicción civil. La razón fundamental es la posición de las reglas de la carga de la prueba y del principio *in dubio pro reo*. Su eficacia está limitada a los casos de duda y, por tanto, cuando el juez penal alcanza la convicción sin dudas al respecto, el presupuesto es precisamente el previsto en el art. 116 LECr. Una interpretación en otro sentido, como en cierto modo parece mantener la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, privaría a este precepto de cualquier eficacia.

2ª Si la decisión del juez penal que afirma que el hecho no se produjo o que no puede serle imputado al acusado ha sido adoptada como consecuencia de la aplicación del principio *in dubio pro reo* ante la duda, sí es posible un nuevo ejercicio de la acción civil. La razón deriva, no directamente del principio *in dubio pro reo*, sino del bloqueo que el principio produce respecto de las reglas de la carga de la prueba en el proceso civil: el principio *in dubio pro reo* evita, no sólo una solución favorable al acusado cuando la duda surge de la prueba presentada por el actor sobre el hecho causante del daño, sino también cuando ha generado la duda sobre la concurrencia de hechos impeditivos, extintivos o excluyentes.

3ª Si la decisión del juez penal se adopta en uno de los ámbitos en los que la ley o la jurisprudencia civil reconocen la inversión de la carga de la prueba, como sucede en los casos previsto en el art. art. 217.3 y 4 LECiv (competencia desleal, publicidad engañosa, discriminación por razón de sexo) o en riesgos extraordinarios, daños desproporcionados o falta de colaboración del causante del daño, sí resulta posible el ejercicio de la acción civil posteriormente a una absolución penal.

4.4. Acción civil e imprudencia

Esta última regla exige una aclaración, de la que deriva el paso al último nivel de argumentación que había anticipado. Sobre todo, en los casos reconocidos por la jurisprudencia, y, como se ha de ver más adelante, en el caso de los riesgos extraordinarios, la cuestión no me parece relevante, porque la inversión implica, en la realidad, una responsabilidad prácticamente objetiva o, en el mejor de los casos, de una culpa que no alcanzaría el nivel de gravedad exigido para castigar el hecho como delito. Este último aspecto permite establecer una última limitación: las tres reglas indicadas anteriormente se refieren a una mera imputación de hechos, pero no a la imputación que supone una valoración sobre la conducta del sujeto. La atribución de un comportamiento típico es ya valoración de la conducta y, por tanto, la cuestión ha de plantearse en unos términos diferentes: si las instituciones del Derecho penal que fundamentan esa valoración concreta permiten una valoración distinta en el Derecho civil.

Si esta misma cuestión se traslada al caso de la STS 84/2020, Civil, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:378), se observa que la imputación al sujeto depende de valoraciones sobre lo correcto de su conducta: la “autoría” se descartaba al afirmar que a las pediatras o la ginecóloga «no les era exigible una actitud distinta a la que observaron», cuando la sentencia penal había negado el comportamiento imprudente de la ginecóloga y de las pediatras. Ciertamente, se discutía en el caso -al menos, cuando fue juzgado por un juez civil- si el padre había informado sobre sus antecedentes en relación con la enfermedad, y éste era el “hecho” en el que se podía apoyar una declaración de responsabilidad: lo que se imputaba a la ginecóloga y a las pediatras es no haber prestado atención, o no haber atribuido la relevancia necesaria, a la información. Pero si el juez penal no ha declarado probado ese “hecho” -que el padre comunicó los antecedentes de la enfermedad al personal médico-, es necesario saber si esta afirmación deriva de la convicción del juez sobre la prueba o resolvía un caso de duda. Sólo en este último caso sería posible un nuevo ejercicio de la acción civil.

Lo cierto es que la Sala de lo Civil entra en esta cuestión, y entiende que es objeto del proceso civil la decisión sobre si la ginecóloga y las pediatras tuvieron acceso a la información sobre la enfermedad congénita; o lo que se deriva como consecuencia inmediata: si hubo acceso a la información es, en el proceso civil, objeto de prueba; y si hubo imprudencia es objeto de la decisión que ha de dictar el juez civil. Es evidente, por tanto, que lo que se indica es que el juez civil puede dictar una decisión, tanto en lo relativo a la valoración de la prueba como en lo que

se refiere a la aplicación del Derecho al caso, más allá de que ese hecho o el Derecho hayan sido objetos de la decisión dictada por el juez penal. Por tanto, se afirma -y esto es explícito- que es posible un juicio sobre la imprudencia independiente del adoptado previamente por un juez penal sobre el mismo hecho.

5. ¿Imprudencia penal *versus* imprudencia civil?

5.1. Dos direcciones divergentes

Esta última cuestión afecta a una hipotética autonomía conceptual del Derecho penal y, por tanto, a la afirmación de la Sala de lo Civil de que «una sentencia penal absolutoria no prejuzga la valoración de los hechos que puede hacerse en el proceso civil» y, por lo tanto, «no impide apreciar imprudencia civil entablando una acción ulterior por responsabilidad extracontractual». Como se observa, y si se sigue el esquema sobre la decisión del juez civil de DE LA OLIVA SANTOS y de VEGAS TORRES, se ha pasado a otro punto: no sólo cabe una fijación de los hechos distinta de la del juez penal, sino que cabe una subsunción divergente y, por tanto, opuesta. La razón es que «la acción civil por culpa extracontractual (...) tiene un radio de aplicación más amplio que la penal». Por tanto, en «el juicio sobre la culpa o negligencia y el relativo a la relación de causalidad» es «cada tribunal soberano para interpretar y aplicar las normas correspondientes a cada orden jurisdiccional, por lo que las efectuadas por los jueces penales no vinculan a los civiles».

No creo, como voy a explicar a continuación, que el criterio de la Sala de lo Civil sea el correcto, pero tampoco quisiera que se piense que mi visión es una defensa de la esfera del Derecho penal. En mi opinión, tan criticable es la afirmación de esta “soberanía” si se mantiene por la Sala de lo Civil como si la propone la Sala de lo Penal. Una muestra se encuentra, también en la jurisprudencia reciente, en la STS 607/2020, Penal, de 13 noviembre (ECLI:ES:TS:2020:4056)-dictada por la Sala en Pleno con un voto particular- en la que se entiende que no resulta aplicable, a la responsabilidad civil acordada en una sentencia dictada por un juez penal, el artículo 1971 del Código Civil en el que se dispone que «el tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia comienza desde que la sentencia quedó firme»⁶⁵. La solución que propone la Sala de lo Penal del TS al negar la posibilidad de prescripción implica una autonomía conceptual del Derecho civil que me parece difícilmente admisible. La Sala de lo Penal del TS se apoya, en primer término, en la tesis de que la prescripción responde, fundamentalmente, a la presunción de abandono del deudor. La consecuencia es que, como la regulación civil de la prescripción presupone la necesidad del ejercicio de la acción ejecutiva por el acreedor, y en el proceso penal es el propio órgano judicial quien activa la ejecutoria, no cabría tal prescripción. La razón última, según reconoce la Sala de lo Penal del TS, se encuentra en la exigencia de «tutela singular» y «reforzada» de «protección de la víctima del delito». Parece evidente que cabe una interpretación distinta de las normas sobre la prescripción civil, compatible con la actividad ejecutiva de oficio, y esto lo deja bien claro el voto particular divergente de la fundamentación: que sea el juez quien, de oficio, pone en marcha la ejecución, «supone una excepción puntual al régimen de ejecución de la Ley de Enjuiciamiento

⁶⁵ No entro en la cuestión sobre si es aplicable el art. 1964 CC (cinco años, propio de «las acciones personales que no tengan plazo especial» a contar desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación), como mantenía la Sala de lo Penal del TS hasta esta sentencia (que prácticamente declara su imprescriptibilidad), o el art. 1968.2^a CC (un año, propio de las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, a contar desde que lo supo el agraviado). Ya muy crítico con la primera dirección señalada, PANTALEÓN PRIETO, «Comentario al art. 1902», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ et al. (dir.), *Comentario del Código civil*, t. II, 1991, p. 1974.

Civil», pero no tiene por qué implicar una modificación de las reglas que afectan, de forma sustancial, a la seguridad jurídica. La excepción, por otra parte, es razonable, en la medida que la acción civil pudo haber sido ejercitada por el Ministerio Fiscal.

En realidad, tanto la Sala de lo Civil como la Sala de lo Penal, en estas resoluciones que traigo a colación, toman como punto de partida una visión de la responsabilidad civil con la que no coincido: que la responsabilidad civil derivada del delito tiene su origen mismo en el delito en sí y no en la causación del daño que el delito ha supuesto⁶⁶. Esto es obvio en la línea seguida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo respecto a la prescripción, que asume con el estandarte de una perspectiva victimológica de la responsabilidad civil derivada del delito⁶⁷, que no comparto: entre otras razones, porque no estoy convencido de que la integración de la víctima en el proceso penal y en el sistema penal sea una virtud, y creo que, en general, puede poner en riesgo la objetividad del marco en el que se impone una pena estatal. En mi opinión, debe partirse de que la responsabilidad civil extracontractual es, por naturaleza, de reparación o de indemnización del daño, independientemente de que el hecho que la genera sea o no delito⁶⁸, y a la que la asignación de fines propios del Derecho penal, como la prevención, le es totalmente ajena⁶⁹.

Esta reivindicación de soberanía de cada orden jurisdiccional es también presupuesto de la decisión de la Sala de lo Civil que servía de punto de partida de mis reflexiones, y no sólo en relación con la carga de la prueba, sino también –como anticipé– en la determinación conceptual de la imprudencia. La cuestión podría dejarse aquí: una vez resuelta la cuestión de la carga de la prueba, sobre la base de que no existe dificultad alguna en que un tribunal penal y un tribunal civil puedan mantener conceptos distintos sobre una misma institución jurídica y, en particular, sobre la imprudencia. Sin embargo, una visión de la tutela judicial que integra la coherencia del orden jurídico no puede admitir esta afirmación de forma general, y sólo puede aceptar sus consecuencias cuando la discrepancia no afecte al núcleo sustancial del derecho fundamental. El examen de esta cuestión se desarrollará, a partir de ahora, en dos pasos: la cuestión general sobre si existe una vinculación conceptual entre diferentes sectores del ordenamiento jurídico, por un lado; y en la forma en que esto afecta a la imprudencia.

⁶⁶ Por todos, GANDÍA PÉREZ, «La responsabilidad civil derivada del delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (73-1), 2020, pp. 479 s.: «El fundamento de la responsabilidad civil –se ha repetido hasta la saciedad– no es nunca la comisión de un delito, sino la causación de un daño atribuible a un determinado sujeto mediante alguno de los criterios de imputación (el dolo, la culpa o el riesgo) que recogen el Código civil o las distintas leyes especiales». Esta línea, como reconoce el autor, ha sido marcada por PANTALEÓN PRIETO de forma muy reiterada, que criticó además el mantenimiento de las reglas sobre la responsabilidad civil derivada del delito en el Código penal como “perseverancia en el error” o “reincidencia en el dislate”. Cfr. PANTALEÓN PRIETO, *Jueces para la democracia*, (19), 1993, p.6.

⁶⁷ HORTAL IBARRA (EL MISMO, *InDret*, [4], 2014, p. 16) defiende, en ese sentido, que la responsabilidad civil derivada del delito puede convertirse en «un instrumento político-criminal muy eficaz en la consecución de una finalidad más ambiciosa del moderno Derecho penal: la reparación de la víctima y la atribución de un papel más preponderante a quien sufre los efectos del delito en el conjunto del sistema de justicia criminal».

⁶⁸ YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad civil en el proceso penal», en REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de Responsabilidad civil*, v. 1, 4ª ed., 2008, p. 1072.

⁶⁹ PANTALEÓN PRIETO, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, [4], Ejemplar dedicado a La responsabilidad en el Derecho, 2000, p. 171: cabe que, «“de hecho”, la amenaza de la responsabilidad civil pueda prevenir», pero «prevenir la realización de conductas irrazonablemente peligrosas» no es «una función “normativa” de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español» (p. 172).

5.2. “Relatividad de los conceptos” y coherencia del orden jurídico

La imprudencia se encuentra en la base de la responsabilidad extracontractual, pues el mismo art. 1902 CC reconoce su fundamento en la “culpa o negligencia”. Aunque la expresión -e incluso la referencia a la “negligencia”- no existe en el texto del Código penal, salvo cuando regula la responsabilidad civil (en los arts. 118.1.1º y 120.1º CP), no es discutido que las expresiones imprudencia, negligencia o culpa son equivalentes⁷⁰. Por eso, el razonamiento de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo gira en torno a la imprudencia, aunque, frente a lo que sucede en las leyes penales, no es ésta la expresión habitual en el Código Civil. La cuestión es, por tanto, si cuando se refieren a la imprudencia -o a la negligencia o a la culpa- las leyes penales y las leyes civiles, aluden a una misma cosa.

Es cierto que las leyes, en ocasiones, designan con una misma palabra significados diferentes, y esto sucede con mayor frecuencia cuando se trata de distintas leyes. MÜLLER-ERZBACH denominó a esta situación «relatividad de los conceptos jurídicos»⁷¹, que constataba en el Derecho civil, donde hablaba, por ejemplo, de «la elasticidad del concepto de propiedad»⁷². En el marco de las mismas leyes penales, la cuestión es relevante y la doctrina se ha hecho eco en los últimos tiempos de las dificultades que implica⁷³; y, en todo caso, se muestra su relieve desde el punto de vista del denominado principio de unidad del orden jurídico. Lo decisivo es si el principio presupone «identidad de significado de conceptos que encadenan signos lingüísticos idénticos», lo que, en ningún caso, recibe una respuesta totalmente positiva⁷⁴.

Este problema había sido contemplado por ENGISCH, que denomina, a las faltas de unidad de la terminología utilizada en las leyes, «contradicciones técnicas de la ley». Precisamente es él quien, al relacionar este problema con la «relatividad de los conceptos jurídicos»⁷⁵, observó cómo,

⁷⁰ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho penal*, 5ª ed., 2021, p. 143.

⁷¹ MÜLLER-ERZBACH, «Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes: zur Beleuchtung der Begriffsjurisprudenz (Vortrag, gehalten in der Wiener Juristischen Gesellschaft)», en *Rudolf von Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, t. 61, 1913, donde, por cierto, se muestra crítico con la tendencia a vincular necesariamente la obligación de reparar daños y perjuicios con la culpa.

⁷² Críticos con la introducción de la idea de la relatividad de los conceptos, sobre todo con la visión de ENGISCH, véase RYU/SILVING, *ARSP*, (59-1), 1973, pp. 80 ss.

⁷³ DEMKO, *Zur "Relativität der Rechtsbegriffe" in strafrechtlichen Tatbeständen*, 2002; HERMANN, *Begriffsrelativität im Strafrecht und das Grundgesetz. Strafrechtliche Bedeutungsdivergenzen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand*, 2015. El punto de partida, en ambos casos, es el examen de esta relatividad conceptual dentro de las leyes penales, aunque con enfoques distintos. El estudio de DEMKO contiene una “parte general” que es, en realidad, una parte metodológica (pp. 13 ss.), y una “parte especial”, en la que analiza ciertos conceptos de la parte especial del Código penal (pp. 190 ss.) en los que observa y analiza el fenómeno de la “relatividad de los conceptos” (sustracción, arma). Sólo en el caso de la “determinación” (*Bestimmung*), alude a una expresión utilizada no sólo en la parte especial, sino también (una sola vez) en la parte general del Código penal: la inducción en el § 26 StGB. También sigue ese mismo planteamiento HERMANN, cuya primera parte (pp. 9 ss.), posterior a una introducción sobre la idea de la relatividad de conceptos, contiene un tratamiento extenso de los problemas constitucionales en la tensión con el principio de legalidad (pp. 55 ss.), mientras la segunda parte (pp. 209 ss.) se refiere a conceptos específicos de la parte especial (también el concepto de arma, o el de instrumento peligroso, entre otros)

⁷⁴ DEMKO, *Zur "Relativität der Rechtsbegriffe" in strafrechtlichen Tatbeständen*, 2002, lo niega de principio; HERMANN, *Begriffsrelativität im Strafrecht und das Grundgesetz*, 2015, pp. 200 s., aunque lo afirma, al reconocer en el principio de unidad del orden jurídico un mandato de optimización «cuya consumación parece inalcanzable», lo limita a una tendencia en la interpretación.

⁷⁵ ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 9ª ed., 1997, p. 209. De forma monográfica, en EL MISMO, «Die Relativität der Rechtsbegriffe», en *Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Brüssel 1958*, 1958, pp. 59 ss., con la visión puesta precisamente en el problema del sentido de las palabras; por eso, lo primero es saber qué es un concepto jurídico: «Eine Erörterung des Problems der Relativität der

en estos casos, la «interpretación del texto» debería retroceder ante la interpretación sistemática y teleológica⁷⁶. Una y otra perspectiva habían sido objeto de reflexión con anterioridad: por una parte, GRÜNHUT no dudaba en abogar por una variación individualizada de los conceptos de acuerdo con una adaptación en el sentido especial de los fines del Derecho⁷⁷; por otro lado, LOBE, crítico con la idea de la accesividad conceptual del Derecho penal respecto al Derecho civil, reconocía que, como se trata de partes de un mismo ordenamiento, el legislador intentaba una armonía y coincidencia de sus preceptos⁷⁸.

A mi juicio, aquí radica el problema fundamental. No me parece discutible que expresiones con similares signos lingüísticos puedan ofrecer, en ocasiones, distintos significados⁷⁹. Pero lo que no es posible es dejar de lado los argumentos sistemáticos y teleológicos que, como indicaba ENGISCH, cobran especial valor cuando el sentido de un mismo texto en el lenguaje ordinario podría no ser coincidente, según la norma cuya perspectiva se adopta. En otras palabras: no es posible crear un significado distinto prescindiendo de argumentos sistemáticos y teleológicos, o sin una confrontación de los que se desenvuelven en uno u otro sentido. Precisamente aquí discrepo de ENGISCH cuando defiende que la imprudencia en el Derecho penal alemán requiere una consideración de todas las circunstancias concretas en la comprobación de la culpa que no exige la imprudencia del Derecho civil. Subrayo que no discrepo en la conclusión, sino en el argumento, que no me parece congruente con lo que había defendido con carácter general en relación con los «conceptos relativos»: no creo que sea suficientemente explicativa la afirmación de que es más amplio el desprecio al cuidado exigido en el tráfico al que se refiere el § 276 BGB⁸⁰. Del texto del § 276 BGB no se deriva la discrepancia de los conceptos, y sería necesario explicar, al menos, por qué el § 15 StGB, que implícitamente contiene una escala de gravedad de la imprudencia al reducir la punibilidad de los hechos imprudentes a aquellos casos en que la ley lo prevé expresamente, y qué sentido tiene una diferenciación de la gravedad de la imprudencia por la jurisprudencia civil. En todo caso, los argumentos teleológicos y -sobre todo- los sistemáticos que ahora interesan son los del ordenamiento español, y a continuación aludo a ellos.

Rechtsbegriffe setzt voraus, daß wir wissen, was ein 'Rechtsbegriff' ist. Viele von den Juristen gebrauchte Begriffe stammen aus der Sprache» (p. 59).

⁷⁶ ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 9ª ed., 1997, p. 94.

⁷⁷ GRÜNHUT, «Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft», en *Festgabe für Reinhard von Frank*, v. 1, 1930, p. 19.

⁷⁸ LOBE, en *Festgabe für Reinhard von Frank*, v. 1, 1930, pp. 33 ss., p. 61. Sobre la divergencia de fines del Derecho civil y del Derecho penal, ya en p. 35 s.; aquí añade una crítica a la jurisprudencia -aunque dedicado a la política, LOBE había sido juez (base de datos de representantes de los Parlamentos en Alemania, disponible en <https://www.reichstag-abgeordnetendatenbank.de/select.html?pnd=102016828>) - por la que se denegaba la acción de abstención de lesiones de derecho contra el honor sobre la base de existía protección penal.

⁷⁹ En relación con el concepto de violencia en la rebelión, he sostenido que, incluso dentro del Código penal, hay un diferente uso de la palabra violencia, unida a la intimidación, y del adjetivo “violento”, en PÉREZ DEL VALLE, «Rebelión y violencia (Reflexiones en torno a la aplicación del delito de rebelión en el “caso del 1 de octubre” de 2017)», *La ley penal*, (135), 2018, pp. 1 ss.

⁸⁰ ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 9ª ed., 1997, p. 209. El § 276 (2) BGB define la imprudencia en el Derecho civil: actúa imprudentemente quien desprecia el cuidado necesario en el tráfico («fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt»). Por cierto: ejemplo de ENGISCH es el del médico que puede ser absuelto en el proceso penal y condenado en el proceso civil. VOGEL, de acuerdo con ENGISCH, afirma que lo fundamental en el Derecho penal es el principio de culpabilidad y, por tanto, la determinación subjetiva del deber de cuidado de acuerdo con los conocimientos personales y la capacidad del sujeto (VOGEL, *Juristische Methodik*, 1998, pp. 58 s., nota 24).

5.3. ¿Autonomía del concepto civil de imprudencia?

En este orden de consideraciones, quisiera examinar la línea argumental de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que pretende la “soberanía” de cada jurisdicción para definir la imprudencia⁸¹. Como he indicado antes, creo que ENGISCH acierta al apuntar que la solución para resolver el problema de la «relatividad de los conceptos jurídicos» no puede ser otra que la búsqueda de respuesta en la interpretación teleológica y sistemática del texto. Precisamente, sobre esa misma base, he mostrado mi discrepancia con el camino marcada por ENGISCH para responder a la “relatividad” de la imprudencia en el Derecho alemán.

1. Por un lado, es necesario precisar qué quiere decirse ahora cuando se alude al método teleológico de interpretación. Cuando la cuestión que se quiere resolver afecta a un concepto que emplea el Derecho civil y del que también hace uso el Derecho penal, el fundamento teleológico no puede consistir en que los fines del Derecho penal y los fines del Derecho civil son diferentes, con carácter general, porque esto sería un argumento circular: el significado del término es distinto y “relativo” al Derecho penal o al Derecho civil, porque Derecho penal y Derecho civil tienen fines distintos; y como tienen fines distintos es preciso que el término tenga significados diferentes y “relativos” al Derecho penal o al Derecho civil. Las consecuencias en el Derecho civil y en el Derecho penal son diferentes, pero precisamente por esa razón se plantea el problema de la “relatividad” del concepto que se ha de resolver; si en el mismo planteamiento se encontrara la respuesta, el problema no existiría.

Una argumentación teleológica no puede prescindir del fin que el Derecho penal o el Derecho civil persiguen, pero sólo lo ha de considerar contemplando cuál es el fin de la institución concreta a la que se refiere el concepto. Imprudencia, en Derecho penal o en Derecho civil, es una forma de infracción del Derecho; y, en cualquier caso, es una forma de infracción personal. Dolo y culpa -dolo e imprudencia- implican atribución personal de la conducta ilícita a un sujeto, y esto es reconocido también por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo: «la apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento jurídico» (STS 185/2016, Civil, de 18 marzo (ECLI:ES:TS:2016:1161), STS 141/2021, Civil, de 15 marzo (ECLI:ES:TS:2021:807), entre otras). Con claridad, la jurisprudencia civil distingue entre la imputación por culpa, que deriva explícitamente del art. 1902 CC, como «el título ordinario de imputación del daño, que permite su endoso o transferencia desde el patrimonio de la víctima que lo padece al del sujeto causante como excepción a la regla latina *casum sentit dominus*»; y la denominada doctrina del riesgo (STS 141/2021, Civil, de 15 marzo (ECLI:ES:TS:2021:807)), a la que me referiré de inmediato. La insistencia en el deslindamiento entre culpa y *casus* es, evidentemente, una demostración de lo

⁸¹ Me refiero exclusivamente a la relación Derecho civil - Derecho penal, aunque soy consciente de que la cuestión, en términos de jurisdicción, puede plantearse en otros casos, como respecto a la jurisdicción militar. En este caso, sin embargo, me parece evidente que conceptos comunes -como es el caso de la imprudencia respecto al Derecho penal militar- son coincidentes y no existe autonomía conceptual. En ese sentido, es interesante la interpretación de BARJA DE QUIROGA: cuando el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987 de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar de 15 de julio se refiere a casos que podrían estar castigados en el Código penal común y en el Código penal militar y establece que ha de ser aplicada la pena más grave, aunque se trate del Código penal común, se trata de la resolución de un concurso de leyes de acuerdo con el art. 8.4 CP (BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, «Los delitos imprudentes en el ámbito militar», *Revista Española de Derecho Militar*, (104), 2015, p. 70). No creo casual, por otro lado, que la reflexión de BARJA DE QUIROGA aparezca, precisamente, cuando se ha de hablar sobre los delitos imprudentes en el ámbito militar.

que indico⁸²: imprudencia es, en la responsabilidad extracontractual del Derecho civil, una forma de imputación personal y, por tanto, subjetiva. Exactamente lo mismo que sucede, en relación con la imprudencia, en el Derecho penal. Por tanto, si la finalidad de la institución es la misma en el marco del Derecho penal y en el marco del Derecho civil, no hay un argumento teleológico que explique razonablemente la necesidad de dos conceptos diferentes.

2. Por otra parte, y en un orden sistemático, no parece que una integración del Derecho positivo civil y penal respalde esta idea. La Sala de lo Penal ha hecho una lectura, a mi juicio, correcta, de lo que significa la diferenciación entre imprudencia grave y menos grave en el Código penal: «la LO 1/2015, contempla la imprudencia grave y menos grave, quedando la imprudencia leve reservada para el ámbito (civil) de la responsabilidad extracontractual». Esta tesis, expuesta en la STS 421/2020, Penal, de 22 julio (ECLI:ES:TS:2020:2533), entre otras, puede concretarse aún más: la sentencia citada tiene algunos aspectos positivos que ayudan a entender lo que, según creo, es la significación propia del delito imprudente, aunque requiere alguna matización. Fundamentalmente, la STS 421/2020, Penal, de 22 julio (ECLI:ES:TS:2020:2533), da un paso adelante en el reconocimiento de que existe un tipo subjetivo del delito imprudente, constituido por «el desconocimiento individualmente evitable del peligro concreto» de realización del tipo. El contenido personal de la infracción queda de este modo diferenciado, y explica su distinción con la otra forma alternativa de tipo subjetivo: el dolo. Es cierto que, cuando la sentencia describe este desconocimiento, indica que «le es imputable, ya que pudo haber previsto el resultado si su comportamiento hubiera sido adecuado al deber de cuidado». En realidad, esta referencia al deber de cuidado no es nada distinto a la imputación del tipo objetivo que la sentencia ha reconocido previamente y que, hilando con la jurisprudencia tradicional, ha descrito como «una acción evitable y que supera el riesgo permitido». Deber de cuidado en un sentido objetivo no es nada diferente de la superación del riesgo permitido; por eso, el tipo subjetivo del delito imprudente no es cuidado conforme a un patrón objetivo, sino infracción personal y exigencia individual. Más allá de la necesidad de matizar estos aspectos terminológicos, seguramente justificados por el intento de evitar que el criterio defendido no colisione directamente con el repetido durante décadas por la jurisprudencia, llama la atención que el reconocimiento de un tipo subjetivo del delito imprudente, y de ese tipo subjetivo en particular, coincida con la afirmación anterior sobre la complementariedad de la imprudencia civil y la imprudencia penal.

La razón es, a mi juicio, sencilla: admitir que dolo e imprudencia son formas del tipo subjetivo, y que el tipo subjetivo no es sino evitabilidad individual de la infracción de la norma, supone entender que hay distintos “grados” de evitabilidad y, por tanto, que la diferenciación es cuantitativa⁸⁵. No me detendré ahora en la forma en que puede trasladarse una diferenciación cuantitativa a conceptos -porque dolo e imprudencia son formas conceptuales del tipo subjetivo- porque ahora esto no es de interés⁸⁴; ni siquiera interesa cómo diferenciar la imprudencia grave de la menos grave o de la leve⁸⁵, sino simplemente que la diferencia existe en la ley y, por tanto,

⁸² Este es, como es sabido, un punto esencial en la evolución de la responsabilidad culposa, y las dificultades del deslindamiento se constatan ya en el Derecho romano (PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, 2012, pp. 26 ss.).

⁸³ PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal*, pp. 158 ss.; EL MISMO, *Lecciones de Derecho penal*, 4ª ed., 2020, pp. 131 s.

⁸⁴ Sobre esta cuestión, PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal*, 2012, pp. 133 ss.

⁸⁵ Sobre la gravedad de la imprudencia y la distinción de la imprudencia leve, con anterioridad a la reforma que hizo desaparecer esta expresión del Código penal, aunque los argumentos son también aplicables a la imprudencia menos grave, en la medida que la distinción es cuantitativa, PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal*, 2012, pp. 178 ss. La cuestión tiene una solución compleja si no se sale de la “infracción del deber de cuidado”,

en una perspectiva sistemática. Lo relevante en este punto es que, si la diferencia es cuantitativa, y el Derecho penal castiga la imprudencia grave y, en ocasiones, la menos grave, sería irracional pensar que cuando, para el Derecho penal, la imprudencia menos grave no es típica, o que cuando el Derecho penal rehúsa castigar la imprudencia leve o incluso toda imprudencia, quedan estos hechos en un limbo de anomia. Nadie -y por supuesto tampoco la línea jurisprudencial de la Sala de lo Civil a la que me refiero ahora- sostiene esto. La culpa extracontractual es culpa y, por tanto, infracción personal de la norma. Y, por supuesto que su acción civil tiene, como indica la Sala de lo Civil, «un radio de aplicación más amplio que la penal». Pero este mayor radio de acción es el que comprende casos en los que la imprudencia no es castigada explícitamente en el Código penal como forma del tipo subjetivo: la imprudencia menos grave cuando el Código penal sólo castiga la imprudencia grave; o la imprudencia leve en todo caso; e incluso, si se quiere, una imprudencia “objetiva”, en el sentido que indica PANTALEÓN PRIETO⁸⁶. Cuando el radio de acción es coincidente con el del Derecho penal, la acción civil puede ser ejercitada junto con la penal, y entonces se plantean las dificultades a las que se ha hecho referencia hasta ahora, sobre la extensión de la cosa juzgada penal o sobre la carga de la prueba.

3. La denominada “doctrina del riesgo” no representa, en ningún caso, una dificultad para mantener esta conclusión, tanto en una perspectiva teleológica como sistemática. Más allá de los intentos de la jurisprudencia civil para resaltar que la doctrina del riesgo, que afecta a riesgos extraordinarios, no es meramente objetiva⁸⁷, lo cierto es que sólo tiene sentido -junto con otras exigencias- si la culpa es inoperante como criterio de imputación, «en la medida en que el comportamiento diligente exigible no evita por completo la eventual causación de daños»⁸⁸. De hecho, la jurisprudencia civil no formula, en sentido estricto, una propuesta conceptual del

porque, en ese marco, sólo cabe distinguir cuantitativamente “deberes de cuidado”. DAUNIS RODRÍGUEZ mantiene que «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» (DAUNIS RODRÍGUEZ, *La graduación de la imprudencia punible*, 2020, p. 55). Creo que sucede precisamente lo contrario: si se fundamenta el delito imprudente en el deber objetivo de cuidado, se facilita su identificación con la “infracción de reglamentos”, que critica (EL MISMO, «La imprudencia menos grave», *InDret*, (3), 2021, pp. 12 ss.). Esto puede ser explicado también desde el punto de vista de la unidad de orden jurídico: deber objetivo de cuidado es delimitación del riesgo previsible ex ante; y para delimitar el riesgo permitido ex ante es necesario establecerlo en el marco de las normas que regulan relaciones jurídicas, y que, con frecuencia, son normas positivas, y muchas veces, los reglamentos. Pero la imprudencia no es infracción del deber objetivo de cuidado (ni, por tanto y en su caso, infracción de un reglamento), sino un determinado grado de evitabilidad individual (subjetiva) del comportamiento típico.

⁸⁶ PANTALEÓN PRIETO, *AFDUA*, (4), 2000, pp. 167 ss. Dice PANTALEÓN que «la denominada “culpa civil” no requiere necesariamente un reproche subjetivo» y que «éste es el significado fundamental del modelo del “buen padre de familia”» (p. 167). Aunque pudiera parecer lo contrario, creo que lo que propongo no está en contra de lo indicado por PANTALEÓN PRIETO y sólo exige un matiz: en un modelo de imputación sobre la base de la adscripción (PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal*, 2012, pp. 140 ss.), el modelo del «buen padre de familia» es atribución personal, insuficiente para las exigencias de atribución personal del principio de culpabilidad en el Derecho penal; pero precisamente por esto es propia del Derecho civil.

⁸⁷ STS 141/2021, Civil, de 15 marzo (ECLI.ES:TS:2021:807): «nuestro sistema exige conciliar las particularidades derivadas del riesgo, en actividades anormalmente peligrosas, con un título de imputación fundado en la falta de la diligencia debida (responsabilidad subjetiva o por culpa)»; «no cabe exigir una pericia extrema o una diligencia exquisita cuando nos encontremos ante un riesgo normal creado por el autor del daño; ahora bien, la existencia de un riesgo manifiestamente superior al normal, como el del caso que nos ocupa, se traduce en un mayor esfuerzo de previsión, en una rigurosa diligencia ajustada a las circunstancias concurrentes, en definitiva a extremar en muy elevado grado las precauciones debidas».

⁸⁸ BASOZÁBAL ARRÚE, *Responsabilidad extracontractual objetiva: Parte General*, 2015, p. 57: «con otras palabras, se trata de casos en los que la responsabilidad por culpa dejaría sin resarcimiento a las víctimas de daños personales accidentales (los causados a pesar de haberse desplegado la diligencia exigible)». Sobre otras exigencias en casos de riesgo anormal, como la comunidad de riesgos, criterios de justicia distributiva o el principio *cuius commodum, eius damnum*, en pp. 59 ss.

“riesgo” que fundamentaría la responsabilidad extracontractual, sino que más bien delimita las exigencias para una inversión de la carga de la prueba⁸⁹. Pero, en cualquier caso, si se trata de culpa, su significación no es penal y el caso de la STS 141/2021, Civil, de 15 marzo (ECLI.ES:TS:2021:807), que se refiere a los riesgos del amianto, es significativa en ese mismo sentido: es evidente que exige unas medidas de prevención más allá de las exigidas por la normativa vigente en su momento, y que parte de la presunción de un conocimiento específico del riesgo extraordinario y superior al que aquella normativa vigente percibía⁹⁰. En realidad, si existía una regulación sobre los riesgos, y se respetó esta regulación, no puede hablarse de imputación del resultado en el Derecho penal. Por tanto, creo que, si se sostiene que se trata de un caso de culpa, cabe invertir los términos en los que se apoya la jurisprudencia civil: la inversión de la carga de la prueba es posible, precisamente, porque se trata de un caso que, en ningún modo, podría ser constitutivo de imprudencia en el Derecho penal.

6. Conclusión

La respuesta coherente de las normas a las relaciones jurídicas que regulan, y que conforman el orden jurídico, no es sencilla. Pero su complejidad deriva de las normas y no de las relaciones jurídicas. Las personas, que con las cosas y las acciones -en términos de D’ORS - constituyen la relación jurídica⁹¹, requieren respuestas coherentes, y especialmente en relación con las acciones, como elemento dinámico que las vincula con las cosas, y que es dependiente no sólo de la “naturaleza” del Derecho respectivo⁹².

Cuando, por la naturaleza de la relación jurídica, ésta requiere varias respuestas concretas desde diferentes sectores en los que se ordena el Derecho vigente en un momento determinado, todas ellas han de mostrar coherencia entre sí. Esta consideración de la coherencia del orden jurídico -o, si se quiere, del postulado de unidad del orden jurídico- desde las relaciones jurídicas, requiere que se tome en consideración la acción, o las diferentes acciones, como elementos dinámicos; y, en particular, cuando varias de ellas puedan ser ejercitadas de forma conjunta, como sucede respecto a la acción penal y a la acción civil en el proceso penal. Si, por el contrario, se deja de lado esta cuestión, el problema se plantea sólo desde las normas, y aflora la idea del derecho subjetivo como primordial: sólo se considera -en este caso- el derecho subjetivo del perjudicado sin prestar atención al hecho de que esa relación jurídica debe conllevar consecuencias desde otras normas (en este caso, el Derecho penal). BINDER observó este problema

⁸⁹ De nuevo STS 141/2021, Civil, de 15 marzo (ECLI.ES:TS:2021:807): «Se facilita la posición jurídica de la víctima, mediante una suerte de inversión de la carga de la prueba atribuida a quien gestiona o controla la actividad peligrosa, que responde además a una dinámica y coherente manifestación del principio de facilidad probatoria, toda vez que es la entidad demandada la que cuenta con los conocimientos y medios necesarios para demostrar los esfuerzos llevados a efecto para prevenir el daño representable, o justificar su condición de inevitable o de residual sin culpa».

⁹⁰ STS 141/2021, Civil, de 15 marzo (ECLI.ES:TS:2021:807): «La circunstancia de que la actividad contase con autorización administrativa no significa ni implica la ausencia de responsabilidad en su gestión y control, no conlleva el cumplimiento de los activos deberes de prevención de riesgos que competían a la demandada»; sobre las presunciones: «tampoco la ausencia de sanciones administrativas permite obtener la conclusión de que se observó la diligencia debida, independientemente de la suspensión de sectores de la actividad de la fábrica acordados, en su día, por la Inspección de Trabajo a los que se hizo referencia. Es obvio que no todos los comportamientos ilegítimos son sancionados. En los daños ambientales existe además el deber de actualizarse continuamente cara a la utilización de las mejores técnicas para evitar los daños, siempre que se pueda acceder a las mismas en condiciones razonables».

⁹¹ D’ORS Y PÉREZ-PEIX, «Personas-cosas-acciones en la experiencia jurídica romana», *Historia. Instituciones. Documentos*, (20), 1993, pp. 287 ss.

⁹² D’ORS Y PÉREZ-PEIX, *Historia. Instituciones. Documentos*, (20), 1993, p. 291.

cuando intentaba situarse entre (o frente a) SAVIGNY y VON BÜLOW al definir su punto de vista sobre la naturaleza de la acción, apelando precisamente a la unidad del orden jurídico⁹³: el derecho al ejercicio de la acción es el *prius*, el condicionante; el derecho privado (por tanto, el derecho subjetivo), el *posterius*, el condicionado⁹⁴, aunque ni siquiera en el Derecho privado coincide el perímetro del derecho objetivo con el del derecho subjetivo, ni el del derecho subjetivo con el de las relación jurídica en la que se integra⁹⁵; y aunque, desde luego, el Derecho penal no fundamenta derechos subjetivos⁹⁶.

Por el contrario, esta perspectiva de la acción permite, por un lado, la vinculación con la tutela judicial efectiva, que comprende la necesidad de decisiones coherentes, y con el proceso en el que se ejercita, cuyas reglas no pueden desvirtuar ese requerimiento de coherencia. Las respuestas generalizadoras, que se muestran en decisiones como las citadas, no dan, en mi opinión y como he intentado demostrar, una respuesta satisfactoria. Pero una solución, como la defendida en el texto de forma particular en relación con la imprudencia, requiere una consideración especial sobre la motivación de la sentencia. La conclusión sobre el efecto de cosa juzgada y la aplicación del art. 116 LECr sólo puede alcanzarse sobre la base de los hechos probados de la sentencia y de su motivación, y esto se puede concretar en tres indicaciones:

1ª Con carácter general, si se lesiona o no la tutela judicial efectiva del perjudicado con una sentencia absolutoria depende de si se ha aplicado, como cierre de la argumentación sobre la prueba, el principio *in dubio pro reo*; por tanto, el juez debe explicar en la sentencia si la absolución responde o no a esta razón, porque, de no ser así, no sería posible, con carácter general, invocar de nuevo la acción civil.

2ª La conclusión de que, en todo caso, procede el ejercicio de la acción del perjudicado en la jurisdicción civil, sólo puede mantenerse en aquellos casos en los que el proceso penal tuviera como objeto hechos sobre los cuáles existen reglas de inversión de la carga de la prueba en el proceso civil, establecidas en la ley o mantenidas de forma inequívoca por la jurisprudencia; por tanto, el juez penal ha de dejar claro que éste era el objeto del proceso en la sentencia penal, tanto en los hechos probados como en su motivación.

3ª Como la regulación de la imprudencia en el Derecho penal y en el Derecho civil es complementaria, el perjudicado puede ejercer de nuevo su acción civil siempre que la absolución del delito imprudente considere que lo evitable del delito imprudente no era de la suficiente entidad como para constituir la imprudencia grave o -en los casos en que así se prevé- menos grave; por tanto, en estos casos, la sentencia penal ha de ofrecer, en su fundamentación, las razones de esta decisión, de tal modo que el juez civil pueda, si lo estima, condenar por imprudencia, aunque de forma coherente con la absolución del juez penal.

7. Bibliografía

ALEXY, Robert/PECZENIK, Aleksander, «The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality», *Ratio Juris*, (3-1), 1990, pp. 130 ss.

⁹³ BINDER, *Prozeß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, 1927, pp. 103 ss.

⁹⁴ BINDER, *Prozeß und Recht*, 1927, p. 333.

⁹⁵ BINDER, *Prozeß und Recht*, 1927, p.364.

⁹⁶ BINDER, *Prozeß und Recht*, 1927, p.364: «la protección de la vida, de la salud, de la libertad, del honor, e incluso de la propiedad mediante normas jurídicas del Derecho penal, en ningún caso fundamentan derechos subjetivos».

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Akal, Madrid, 1998.

BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, Jacobo, «Los delitos imprudentes en el ámbito militar», *Revista Española de Derecho Militar*, (104), 2015, pp. 69 ss.

BASOZÁBAL ARRÚE, Xabier, *Responsabilidad extracontractual objetiva: Parte General*, BOE, Madrid, 2015.

BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, J.C.B. Mohr (Paul Sebeck), Tübingen, 1906.

BENTHAM, Jeremy, «Principles of Judicial Procedure, with the outlines of a procedure Code», en BOWRING (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, v. 2, William Tait, Edinburgh, 1843, pp. 1 ss.

BERMEJO CASTRILLO, Manuel Ángel, *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, Dykinson, Madrid, 2016.

BINDER, Julius, *Prozeß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, Dr. Werner Scholl, Leipzig, 1927.

BRUNS, Hans-Jürgen, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken: Beiträge zu einer selbständigen, spezifisch strafrechtlichen Auslegungs- und Begriffsbildungsmethodik*, Nicolaische Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1938.

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1983.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y límites*, Edersa, Madrid, 1982.

D'ORS Y PÉREZ-PEIX, Álvaro, «Personas-cosas-acciones en la experiencia jurídica romana», *Historia. Instituciones. Documentos*, (20), 1993, pp. 287 ss.

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, *La graduación de la imprudencia punible*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

————— «La imprudencia menos grave», *InDret*, (3), 2018, pp. 1 ss.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, EURA, Madrid, 1991.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés/DÍEZ-PICAZO, Ignacio, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3ª ed., EURA, Madrid, 2004.

DEMKO, Daniela, *Zur "Relativität der Rechtsbegriffe" in strafrechtlichen Tatbeständen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002.

DYSON, Matthew, «Respuestas del Derecho civil a las sentencias penales en Inglaterra y España», *InDret*, (3), 2015, pp. 1 ss.

DUFF, Anthony, «Presuming Innocence», en ZEDNER, Lucía/ROBERTS, Julian (eds.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 51 ss.

ENGISCH, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, 9ª ed. (a cargo de Thomas Würtenberger y Dirk Otto), Kolhammer, Stuttgart, 1997.

————— «Die Relativität der Rechtsbegriffe», en *Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Brüssel 1958*, De Gruyter, Berlin, 1958, pp. 59 ss.

————— *Die Einheit der Rechtsordnung*, Carl Winter, Heidelberg, 1935.

FELIX, Dagmar, *Einheit der Rechtsordnung: zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.

FERGUSON, Pamela, «The Presumption of Innocence and its Role in the Criminal Process», *Criminal Law Forum*, (27), 2016, pp. 131 ss.

FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011.

GANDÍA PÉREZ, Enrique, «La responsabilidad civil derivada del delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (73-1), 2020, pp. 467 ss.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El indicio de cargo y la presunción judicial de culpabilidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GRÜNHUT, Max, «Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft», en *Festgabe für Reinhard von Frank*, v. 1, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1930, pp. 1 ss.

GÜNTHER, Klaus, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Carl Heymann, Köln, 1983.

HAMER, David, «A Dynamic Reconstruction of the Presumption of Innocence», *Oxford Journal of Legal Studies*, (31-2), 2011, pp. 417 ss.

————— «The Presumption of Innocence and Reverse Burdens: A Balancing Act», *The Cambridge Law Journal*, (66-1), 2007, pp. 142 ss.

HERMANN, Jan Bela, *Begriffsrelativität im Strafrecht und das Grundgesetz. Strafrechtliche Bedeutungsdivergenzen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand*, Springer, Wiesbaden, 2015.

HERVADA XIBERTA, Javier, *Lecciones propedeúticas de Filosofía del Derecho*, 3ª ed., Eunsa, Pamplona, 2000.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos, «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo», *InDret*, (4), 2014, pp. 1 ss.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, «Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, “in dubio pro reo”», *Anuario de Derechos Humanos*, (2), 2001, pp. 459 ss.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen Und Die Zurechnungslehre*, 2ª ed., De Gruyter, Berlin-New York, 1991.

KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 1ª ed., Deuticke, Leipzig-Wien, 1934.

KÖHLER, Michael, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin-New York, 1997.

KUHLI, Milan, *Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung: Institutionelle, rechtsverweisende und dichte Elemente im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018.

LAUDAN, Larry, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

LOBE, Adolf, «Der Einfluß des bürgerlichen Rechts auf das Strafrecht», en HEGLER (ed.), *Festschrift für Reinhard von Frank*, v. 1, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1930, pp. 33 ss.

LÜDERSSEN, Klaus, «Die Wiederkehr der “Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken” – eine Warnung», en EBERT, Udo/RIEß, Peter/ROXIN, Claus/WAHLE, Eberhard (eds.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, 1999, pp. 487 ss.

MCCALL, Brian, «What Good is John Finnis? Assessing the Personal and Common Good in Natural Law and Natural Rights», *Persona y Derecho*, (83), 2020, pp. 637 ss.

MAGRO SERVET, Vicente, «Las consecuencias civiles del delito en el proceso penal», *La Ley penal*, (149), 2021, pp. 1 ss.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María, «Principios de la responsabilidad extracontractual de la administración pública (artículos 139 y 141 LRJPAC)», en QUINTANA LÓPEZ, Tomás/CASARES MARCOS, Ana Belén, *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 37 ss.

MORESO MATEOS, Josep Joan, «Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)», *Doxa*, (24), 2001, pp. 525 ss.

MÜLLER-ERZBACH, Rudolf, «Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes: zur Beleuchtung der Begriffsjurisprudenz (Vortrag, gehalten in der Wiener Juristischen Gesellschaft)», en *Rudolf von Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, t. 61, Fischer, Jena, 1913.

NIEVA FENOLL, Jordi, «La carga de la prueba: una reliquia histórica», *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, (1), 2018, pp. 129 ss.

————— «La razón de ser de la presunción de inocencia», *InDret*, (1), 2016, pp. 1 ss.

————— *La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2010.

NEUMANN, Ulfrid, «Juristische Logik», en HASSEMER, Winfried/NEUMANN, Ulfrid/SALIGER, Frank, *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 9ª ed., CF Müller, Heidelberg, 2016.

OHLY, Ansgar, «Einwilligung und “Einheit der Rechtsordnung”», en PAWLIK, Michael/ZACZYK, Rainer, *Festschrift für Günther Jakobs*, Carl Heymann, Köln, 2007, pp. 451 ss.

PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (4), Ejemplar dedicado a La responsabilidad en el Derecho, 2000, pp. 167 ss.

————— «“Perseverare diabolicum” (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)», *Jueces para la democracia*, (19), 1993, pp. 6 ss.

————— «Comentario al art. 1902», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido et al. (dir.), *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1974 ss.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Lecciones de Derecho penal-Parte general*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2021.

————— «Rebelión y violencia (Reflexiones en torno a la aplicación del delito de rebelión en el “caso del 1 de octubre” de 2017)», *La ley penal*, (135), 2018, pp. 1 ss.

————— *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Atelier, Barcelona, 2012.

RAZ, Joseph, «The Identity of Legal Systems», *California Law Review*, (59), 1971, pp. 975 ss.

RYU, Paul K./SILVING, Helen, «Was bedeutet die sogenannte “Relativität der Rechtsbegriffe”?», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, (59-1), 1973, pp. 57 ss.

ROXIN, Claus/GRECO, Luis, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5ª ed., Beck, München, 2020.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

SAUER, Wilhelm, *Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie*, Dr. Walther Rotschild, Berlin-Grunewald, 1929.

SILVA CASTAÑO, María Luisa, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, Dykinson, Madrid, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «¿“ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal», *InDret*, (3), 2001, pp. 1 ss.

STUMER, Andrew C., *The presumption of innocence. Evidential and Human Rights Perspectives*, Hart, Oxford-Portland, 2010.

VEGAS TORRES, Jaime, «La fijación de los hechos en el proceso civil», en AA.VV., *Estudios Jurídicos*, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia-CD-ROM, Madrid, 2007, pp. 1 ss.

————— *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Wolters Kluwer, Madrid, 1993.

VOGEL, Joachim, *Juristische Methodik*, De Gruyter, Berlin-New York, 1998.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «La responsabilidad civil en el proceso penal», en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (coord.), *Tratado de Responsabilidad civil*, v. 1, 4ª ed., Thompson-Aranzadi, Madrid, 2008, pp. 1068 ss.

ZITELMANN, Ernst, «Ausschluß der Widerrechtlichkeit», *Archiv für die civilistische Praxis*, 1906, pp. 1 ss.

Ángel José Sanz Morán
Universidad de Valladolid

Sumario

-

Se ofrece un sucinto repaso histórico dogmático de los problemas que suscita este importante grupo de delitos, para analizar a continuación dónde residen los obstáculos fundamentales que vienen lastrando su regulación en el Código Penal, antes de abordar qué dirección debería seguir una reforma legislativa que sortee las actuales dificultades interpretativas y de aplicación y cuáles son las cuestiones básicas a considerar a tal efecto.

Abstract

-

This article provides a brief overview of the history and dogmatic background of some problematic issues of forgery. In doing so, we examine the main obstacles regarding regulation in the Criminal Code. Finally, we discuss the direction that legislative reform should take in order to avoid these difficulties in the interpretation and application of this criminal offence.

Abstrakt

-

Der Beitrag bietet einen kurzen Überblick über die Geschichte und dogmatische Hintergründe einiger problematischen Fragen der Urkundenfälschung. Wir untersuchen dabei die wichtigsten Hindernisse bezüglich der Regulierung im Strafgesetzbuch. Abschließend wird erörtert, in welche Richtung eine Gesetzesreform gehen sollte, um diese Schwierigkeiten bei der Auslegung und Anwendung dieses Straftatbestands zu vermeiden.

Title: *Forgery offenses: political-legislative reflections*

Titel: *Die Urkundenfälschung: politisch-gesetzgeberische Überlegungen*

-

Palabras clave: *falsedad documental, falsedad, documento, clases de documentos, conductas falsarias, prueba documental*

Keywords: *forgery, document, forgery of documents, forms of forgery of documents, document evidence*

Stichwörter: *Fälschung, Dokument, Fälschung von Dokumenten, Formen der Urkundenfälschung, Urkundenbeweis*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.05

Recepción
10/09/2021

-

Aceptación
10/10/2021


-

Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. Apunte histórico**
- 3. Bien jurídico protegido**
- 4. Concepto de documento**
- 5. Aporías (según Rojas Aguirre) del modelo regulativo**
- 6. Problemas fundamentales de la regulación vigente**
 - 6.1. Cuestiones sistemáticas
 - 6.2. Clases de documentos
 - 6.3. Conducta típica
 - 6.4. Modalidad imprudente
 - 6.5. Aspectos concursales
- 7. Propuestas de lege ferenda**
- 8. Bibliografía**

-

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

1. Introducción*

Resulta recurrente en cualquier contribución doctrinal referida a esta materia comenzar destacando su intrínseca dificultad. Baste una rápida comprobación de la mano de alguno de los más significativos maestros del Derecho Penal. Así, leemos en el “Programa” de CARRARA que «la materia de la falsedad documental forma, dentro de las ciencias penales, una esfinge llena de enigmas; yo no pretendo ser el Edipo que los resuelva, pero sí afirmo que aún no ha aparecido ese afortunado Edipo»¹. Y tanto BINDING² en Alemania, como, entre nosotros, ANTÓN ONECA, transcriben y hacen suya la afirmación del tratadista francés GARRAUD en el sentido de que «no hay incriminación que plantee más cuestiones y dé lugar a mayores dificultades que aquella de la falsedad en documento»³.

Dificultad que persiste pese a los completos y numerosos estudios monográficos de que disponemos. Limitándonos al ámbito de nuestra doctrina penal destaquemos solo la contribución pionera, publicada hace casi setenta años, de QUINTANO RIPOLLÉS⁴. Y, al hilo de la aprobación del Código Penal vigente –con las importantes reformas que introduce en esta materia–, recordemos solo los muy completos trabajos monográficos de las profesoras GARCÍA CANTIZANO⁵ y VILLACAMPA ESTIARTE⁶, aunque la relación de aportaciones significativas publicadas esos años podría extenderse mucho más⁷.

Cabría plantearse, según esto, qué sentido cobra volver sobre un campo que, pese a haber ocupado de manera tan intensa a la doctrina, sigue mostrando tantas aristas. Y lo cierto es que, en los años posteriores a la aparición de la última de las monografías a que acabamos de referirnos, se redujo algo la atención de la doctrina penal española a esta materia. El impulso para su reconsideración lo ofrece, sin embargo, la publicación, en 2017, de un trabajo del penalista chileno Luis Emilio ROJAS que, a nuestro juicio, no ha recibido toda la consideración que merece⁸ y que, más allá de que se compartan o no sus conclusiones en distintos aspectos, entendemos que muestra el camino a seguir en la investigación de este ámbito, al menos en un doble sentido: la necesidad de comprender bien el significado histórico-comparado de la regulación positiva y la obligada “deconstrucción” –en terminología de ROJAS– del modelo imperante de comprensión de estos delitos, mostrando los problemas que presentan algunas de las dicotomías que aquí se presentan, como paso previo a la reconstrucción dogmática del sistema normativo.

* Autor de contacto: Ángel Sanz Morán, ajsanz@uva.es.

¹ Véase CARRARA, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, v. VII, 4ª ed., 1982, pp. 307 s. (parág. 3675).

² Véase BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. BT*, t. 2.1, 2ª ed. (1904), 1969, p. 169 (n. 2).

³ Véase ANTÓN ONECA, «Las formas de la culpabilidad en las falsedades documentales», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948, pp. 91ss. El texto entrecomillado de GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3ª ed., t. IV, 1922, p. 87.

⁴ Véase QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, 1952.

⁵ Véase GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994; misma obra resumida y adaptada al nuevo Código Penal, EL MISMO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997.

⁶ Véase VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999.

⁷ Dejando ahora a un lado algunas importantes aportaciones en obras generales, que iremos citando a lo largo de este trabajo, mencionemos solo, inmediatamente antes de la aprobación del vigente Código Penal, la obra colectiva *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vellido*, 1994 y, poco después de entrar en vigor aquel, los trabajos monográficos de CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, 1998; FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, 1996.

⁸ Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017.

Las páginas que siguen -como lo expresa ya el título mismo de esta contribución- se orientan también en esta dirección que atiende prioritariamente a la dimensión político-legislativa. No se encontrará en ellas, por tanto, un análisis de la regulación vigente y su interpretación doctrinal y jurisprudencial -suficientemente expuestas en las obras indicadas y en los correspondientes Manuales y Tratados-, salvo en la medida en que sirva al objetivo político criminal perseguido: mostrar las aporías y carencias del modelo regulativo, en orden a su reformulación. A tal fin, seguiremos el siguiente esquema: en primer lugar, habrá que recordar sucintamente el sentido del curso histórico de la regulación (apartado 2), para abordar a continuación el difícil problema de concretar el bien jurídico afectado (apartado 3), lo que aboca a la necesidad de ocuparse con el concepto jurídico-penal de documento y su autonomía o dependencia frente al utilizado en el ámbito procesal (apartado 4). Tras estas cuestiones previas, expondremos el sentido de las dicotomías que, según ROJAS, deben ser “deconstruidas” para un «correcto abordaje político legislativo» del problema (apartado 5), mostrando a continuación el modo en que tales aporías están lastrando la regulación vigente y su aplicación judicial (apartado 6), antes de centrarnos en el sentido de una futura reforma penal superadora de tales problemas (apartado 7). Apenas es necesario indicar, por otra parte, que la índole de la contribución obliga a reducir al mínimo las referencias bibliográficas.

2. Apunte histórico

Como acabamos de apuntar, uno de los aspectos dignos de mención de la reciente monografía de ROJAS es la amplitud y profundidad (lamentablemente inusual en nuestros días) de la aproximación histórica al campo que nos ocupa, lo que le permite no solo disipar alguno de los malentendidos que se vienen repitiendo –como el de la pretendida contraposición entre los modelos regulativos francés y alemán⁹-, sino mostrar aquellos datos constantes que perviven en medio de la compleja evolución legislativa de la materia.

Repasemos sucintamente los datos más significativos. Como es notorio, el primer hito lo encontramos en la *lex Cornelia de falsis*, del año 81 a. C., también conocida como *lex testamentaria nummaria*, por ser testamentos y monedas los objetos protegidos frente a las conductas falsarias en ella recogidas. Ahora bien, como mostró hace ya años D`ORS, la asociación de aquellos en una misma ley resulta «muy explicable: el elemento común era el abuso del *signum*, primer hito en la historia del “crimen falsi”»¹⁰. Ahora bien, este núcleo inicial sería ampliado –según nos explica este autor-, a través de una serie de senadoconsultos de comienzos del siglo I d. C, a otros documentos no testamentarios y a conductas relacionadas con la corrupción de abogados o testigos¹¹. Y de modo particular -dada la recurrente vinculación entre estos dos delitos- destaca D`ORS la posterior extensión del “crimen falsi” al falso testimonio, debida a que las declaraciones de los testigos se formalizaban en *testationes*, es decir, documentos¹². Cabe constatar, según esto, que bajo la expresión “crimen falsi” se fueron recogiendo, desde un primer momento, conductas no coincidentes, lo que llevaría a MOMSEM a concluir que «la “falsificación” no es en el Derecho

⁹ Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, pp. 16, 46 ss. Los argumentos recogidos en esta monografía habían sido anticipados en su contribución «Historia dogmática de la falsedad documental», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (39-2), 2012, pp. 545 ss.

¹⁰ Véase D`ORS, «Contribuciones a la historia del “crimen falsi”», en AAVV, *Studi in onore di Edoardo Volterra*, v. 2, 1971, p. 546. Cfr. además, ALEJANDRE, «Estudio histórico del delito de falsedad documental», *AHDH*, (42), 1972, p. 133; ROJAS AGUIRRE, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (39-2), 2012, pp. 548 s.

¹¹ Véase D`ORS, en AAVV, *Studi in onore di Edoardo Volterra*, v. 2, 1971, pp. 546 s.

¹² Véase D`ORS, en AAVV, *Studi in onore di Edoardo Volterra*, v. 2, 1971, pp. 553 s.

romano una idea universal más que desde el punto de vista del procedimiento y para los efectos procesales»¹³.

Y esta mezcolanza de conductas falsarias pasará –en lo que a nuestra historia legislativa se refiere– desde el Derecho romano al sistema visigodo y, finalmente a las Partidas, en términos en los que no podemos detenernos aquí¹⁴. Baste recordar que la Ley 1ª de la Partida VII, título 7ª, tras definir la falsedad como “mudamiento de la verdad”, aclara a continuación las diversas maneras en que ello puede suceder, entre las cuales, además de las falsedades que recaen sobre documentos, se recogen conductas de corrupción procesal como la prevaricación de abogados o jueces, o el falso testimonio, o la corrupción de testigos o jueces¹⁵. No debe extrañar, por ello, que nuestros tratadistas de los siglos XVI y XVII, al exponer los delitos en particular, asocien al crimen de falsedad conductas de muy diversa naturaleza, por el común elemento de la existencia de una acción mendaz. Así, por ejemplo, COVARRUBIAS, tras el “crimen de falsedad”, que refiere a documentos, pasa a analizar la falsedad de los testigos, el contrato simulado, la falsificación de moneda, las falsas pesas y medidas utilizadas por el vendedor, la alteración de lindes y la suposición de parto¹⁶. Y, de modo análogo –pero un siglo más tarde– se ocupa PRADILLA, a continuación de los falsarios (de los que, añade, hay muchas variantes), de los testigos falsos, los que hacen y fabrican moneda falsa, los que usan pesas y medidas falsas, los que suponen y persuaden partos fingidos y los que remueven y mudan los mojones del campo¹⁷.

Fuera de nuestras fronteras, baste recordar que la muy influyente *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532, obra central en la recepción del Derecho romano y de la doctrina de los glosadores y postglosadores, agrupa también, en sus artículos 111 a 115, las siguientes conductas falsarias: falsificación de moneda, de documentos, pesas y medidas falsas, alteración de lindes y conductas de deslealtad de profesionales del Derecho¹⁸.

Ahora bien, pese a la pluralidad de conductas que se agrupan bajo la expresión “crimen falsi”, lo cierto es que –como también ha puesto de manifiesto ROJAS¹⁹ ya los juristas italianos bajomedievales (desde AZO) trataron de identificar los elementos comunes a las distintas modalidades falsarias, lo que cristalizará, a comienzos del siglo XVII, en la tan citada fórmula de FARINACIO: *Falsitas est veritatis mutatio dolose et in alterius praejudicium facta*. Caracterización tan exitosa que, bien entrado el siglo XIX, los influyentes comentaristas del *Code Pénal* francés de 1810, CHAUVEAU y HÉLIE, comienzan su estudio del delito de falsedad documental analizando estos tres elementos (alteración de la verdad, intención fraudulenta y perjuicio real o posible)²⁰.

¹³ Véase MOMSEM, Th., *El Derecho Penal Romano*, 1999, t. II, p. 140.

¹⁴ Véase, por todos, ALEJANDRE, *AHDH*, (42), 1972, pp. 137 ss., 156 ss., respectivamente.

¹⁵ El texto de la mencionada ley de las Partidas lo encontramos reproducido en ROJAS AGUIRRE, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (39-2), 2012, p. 552 (n. 32).

¹⁶ Véase COVARRUBIAS Y LEYVA, *Suma de delictis et eorum poenis* (1540), 2018, pp. 280 ss. Ofrecíamos una recensión de esta edición de una obra, hasta ahora inédita, de COVARRUBIAS en SANZ MORÁN, «Recensión a Justo GARCÍA SÁNCHEZ y Beatriz GARCÍA FUEYO, “Diego de Covarrubias y Leyva: Summa de delictis et eorum poenis”», *InDret*, (4), 2019 (sección *ExLibris*), pp. 6 ss.

¹⁷ Véase PRADILLA BARNUEVO, *Suma de las leyes penales* (1639), 1996, cap. XXI a XXVI.

¹⁸ Véase RADBRUCH, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532*, 5ª ed., 1975, pp. 79 ss.

¹⁹ Véase ROJAS AGUIRRE, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (39-2), 2012, pp. 550 ss.

²⁰ Véase CHAUVEAU/HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, 2ª ed., t. I, 1863, pp. 435 ss. Véase también GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3ª ed., t. IV, 1922, pp. 89 s., haciéndose eco de la influencia del criterio de Farinacio en Jousse y Muyart de Vouglans, lo que dará lugar a su posterior difusión en la doctrina y jurisprudencia francesas, ante la ausencia de una definición legal de lo que entiende por falsedad.

Llegamos así al período codificador, donde apenas es necesario recordar, en la materia que nos ocupa, la decisiva influencia del *Code Pénal* francés de 1810 sobre los sucesivos Códigos Penales españoles desde el de 1822, en cuyas previsiones no podemos ahora detenernos²¹. Y, como ha puesto de manifiesto ROJAS, si bien la discusión del problema en Alemania siguió, en los inicios de la codificación, un planteamiento distinto, al no contemplar el *Allgemeines Landesrecht* prusiano (de 1794) un delito autónomo de falsedad, sino solo una modalidad agravada de estafa, lo cierto es que, desde el Código Penal prusiano de 1851, el influjo francés se hace evidente también en la regulación alemana²². Por lo demás, será al enfrentar los problemas de la regulación española cuando estemos en condiciones de valorar críticamente el modelo regulativo seguido y sus inconvenientes.

Cabe concluir de este sucinto repaso histórico cómo, desde un primer momento, bajo el término “falsedad” se han agrupado modalidades delictivas muy diversas, por lo que se hace necesario determinar, por un lado, lo que hay de común a esos distintos delitos, pero también, por otra parte, lo que de singular tienen, frente a ellos, las falsedades documentales. Destaca, en este mismo orden de ideas, la relación histórica de la figura delictiva que nos ocupa con aquellas otras conductas falsarias en el ámbito del proceso, en particular, el falso testimonio, lo que obligará de nuevo a determinar lo que tienen en común y aquello en lo que difieren. Y de un modo más general, dado que la caracterización del “crimen falsi”, a partir de la obra de los juristas italianos bajomedievales, supone como elemento central el perjuicio real o potencial de la conducta falsaria, habrá que poner en relación esta exigencia con la naturaleza instrumental que, de acuerdo con la doctrina muy mayoritaria, posee esta figura, lo que lleva a conectarla con la finalidad (de carácter normalmente jurídico patrimonial) que de ordinario la acompaña y las cuestiones concursales que de ahí se desprenden. En las páginas que siguen trataremos de profundizar en estas diversas cuestiones.

3. Bien jurídico protegido

La dificultad que, como venimos insistiendo, caracteriza a esta materia se pone también de manifiesto, como no podía ser menos, a la hora de concretar el bien jurídico tutelado en los delitos de falsedad documental. Nos limitamos aquí, de nuevo, a un sucinto repaso de los problemas fundamentales destacados por la doctrina a este respecto²³.

²¹ Para la regulación que de las falsedades han ofrecido los sucesivos Códigos Penales españoles, véase, por todos, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, 1952, pp. 46 ss. Y, en fecha más reciente, FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, 1996, pp. 14 ss.

²² Véase ROJAS AGUIRRE, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (39-2), 2012, pp. 568 ss., donde encontramos un completísimo repaso de la doctrina alemana con anterioridad al mencionado Código Penal prusiano de 1851; y en pp. 578-580 muestra el influjo que sobre este texto legal ejerció el Código Penal francés, en la materia que nos ocupa. En su contribución para la *Vergleichende Darstellung* se hacía eco ya Weismann de esta influencia francesa en el Código Penal prusiano. Véase WEISEMANN, «Urkundenfälschung», en BIRKMEYER/CALKER/MAYER, *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil*, Bd. V, 1907, pp. 275 ss. Por lo demás, dado el lugar donde aparece publicada, esta contribución nos ofrece una completísima muestra (pp. 247-309) de la regulación de las falsedades documentales en los distintos Códigos penales decimonónicos.

²³ Véase, monográficamente, en nuestra doctrina, BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, 2000. Amplia información también en los estudios monográficos de FERNÁNDEZ PANTOJA, *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, 1996, pp. 29 ss.; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, pp. 45 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 25 ss. En la doctrina alemana, véanse, por todos, los precisos resúmenes de PUPPE, «§267», *NK*, 2003, nm. 1-15; SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen. Die verkörperte Gedankenerklärung als Merkmal des strafrechtlichen*

Cabe recordar, en primer lugar, la existencia de amplio acuerdo al rechazar, por poco concretas, las clásicas apelaciones a la “fe pública” o a la “seguridad en el tráfico jurídico”. Como es notorio, fue FILANGIERI el primero en utilizar la expresión “delitos contra la fe pública” (apéndice, según este autor, de los delitos contra el orden público), en los cuales el sujeto se sirve «del depósito de la confianza pública para violar las obligaciones que dependen del mismo»; grupo que comprendería, entre otras, conductas como el peculado en el caso de los administradores o depositarios de las rentas públicas, las falsedades de notarios o escribanos públicos, la falsificación de moneda por las personas encargadas del cuño público, la violación de secretos de Estado por la persona pública que es su depositario e incluso la quiebra fraudulenta de un negociante público; más aún, entiende FILANGIERI que cabría incluir también en este grupo –si bien por razones sistemáticas decide estudiarlos en otro lugar– los delitos de jueces y magistrados contra la Justicia Pública²⁴. Ahora bien, dejando a un lado la indicación de PUPPE en el sentido de que resulta incompatible con el Estado secular la protección de “creencias”²⁵, la crítica más extendida frente a este planteamiento reside en que, como se desprende de los delitos incluidos en el grupo, FILANGIERI está pensando exclusivamente en abusos de su función por parte de funcionarios públicos, en términos análogos a lo que serían hoy los delitos contra la Administración Pública. Más aún, en el caso concreto de las falsedades documentales, habla solo de las llevadas a cabo por parte de notarios o escribanos públicos, lo que explica la deriva posterior de la categoría “fe pública” en autores como CARRARA, quien, como es notorio, limita el ámbito de aplicación del delito de falsedad básicamente a estos supuestos²⁶.

Y análogas consideraciones relativas a la falta de precisión del concepto encontramos cuando se pretende hacer de la “seguridad en el tráfico jurídico” el bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental, criterio este dominante, al menos como punto de partida, en la doctrina alemana²⁷. Ahora bien, como indica en nuestra doctrina ECHANO, la seguridad en el tráfico jurídico tiene tal amplitud que resulta menoscabada por otros muchos delitos; de ahí que los mismos autores alemanes añaden normalmente una referencia al específico valor probatorio de los documentos²⁸, bien jurídico distinto, «constituyendo la seguridad en el tráfico jurídico el fin de la norma»²⁹.

Urkundenbegriffe, 1968, pp. 102 ss. Para la doctrina italiana sigue siendo fundamental el amplio análisis de la cuestión en MALINVERNI, *Teoría del falso documental*, 1958, pp. 151 ss.

²⁴ Véase FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*, 3ª ed., t. VII, 1822, pp. 161 ss.

²⁵ Véase PUPPE, «§267», *NK*, 2003, nm. 3.

²⁶ Véase CARRARA, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, v. VII, 4ª ed., 1982, párrafos 3640 ss. También Puppe, en el lugar citado en la nota anterior, entiende que la apelación a la fe pública, a lo sumo sería válida para lo previsto en los párrafos 271 y 348 StGB, de los que nos ocuparemos después. Para las distintas concepciones de la “fe pública” en este contexto véase, por todos, BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, 2000, pp. 35 ss.

²⁷ Más información, por todos, en HEINE/SCHUSTER, «§267», *Sch/Schr*, 30ª ed., 2019, nm. 1; PUPPE, «§267», *NK*, 2003, nm. 1 s., quien califica, sin embargo, esta definición, de «en parte pleonástica y en parte tautológica»; TRÖNDLE, «§267», *LK*, 10ª ed., 1988, nm. 2 ss.

²⁸ Así, expresamente, HEINE/SCHUSTER («seguridad jurídica y fiabilidad del tráfico jurídico, en el sentido del tráfico probatorio»); TRÖNDLE (quien, tras la referencia a la seguridad en el tráfico jurídico añade: «más concretamente, la seguridad y fiabilidad de la prueba documental»), en los lugares respectivamente citados en la nota precedente.

²⁹ Véase ECHANO BALDASÚA, «Capítulo XXII: Falsedades», en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, 1998, p. 751; y, ya antes, EL MISMO, «Falsedades documentales», en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 294. Cfr. además, para la crítica a la seguridad en el tráfico jurídico en cuanto bien jurídico protegido en este delito, por todos, BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, 2000, pp. 92 ss.

Pese a todo, la apelación a la “fe pública” o a la “seguridad en el tráfico jurídico” tendrían – siempre según ECHANO- el acierto de orientar correctamente el objeto de protección de las distintas modalidades falsarias -subrayando que «su contenido de injusto radica en la creación de una falsa apariencia y no en las consecuencias lesivas que puedan derivarse para terceros»- y de «relacionar (...) el fundamento de su punición con las necesidades del ordenado desarrollo del tráfico jurídico por medio de la función que están llamados a desarrollar en él» los objetos materiales de las distintas modalidades falsarias³⁰.

Pero ello nos conduce a la posición quizás hoy dominante en la doctrina penal española cuando se aborda el problema del bien jurídico protegido por el delito que nos ocupa. En palabras de GARCÍA CANTIZANO, el «bien jurídico protegido específicamente en el delito de falsedad documental sería la propia *funcionalidad del documento* en las diversas misiones que tiene que cumplir en el tráfico jurídico»³¹; misiones que, de acuerdo con un planteamiento ampliamente extendido en doctrina y jurisprudencia se concretarían en su triple función “probatoria” (al reflejar la manifestación de voluntad o de conocimiento de alguien), de “garantía” (al permitir identificar al autor de la declaración) y de “perpetuación” (al fijarse tal declaración en un soporte material)³².

Tampoco este punto de vista está exento de problemas. En primer lugar, dado que el objeto material de este delito (el “documento”) se define, como veremos más adelante, precisamente a partir de la determinación de las funciones que está llamado a cumplir, surge la duda de en qué medida se están mezclando aquí dos problemas distintos: el atinente al bien jurídico y el del objeto material³³. Y, desde otra perspectiva, entiende ECHANO que, de acuerdo con esta tesis funcional, «la protección del bien jurídico parece que debería alcanzar a tres aspectos de los documentos estrechamente relacionadas con la realización de sus peculiares funciones»: autenticidad, veracidad e indemnidad. Ahora bien, de acuerdo con nuestro derecho positivo – como tendremos ocasión de comprobar más adelante- mientras que las «agresiones a la autenticidad (falsedades materiales)» se sancionan en todo caso, «las que afectan a la veracidad (falsedades ideológicas)» solo lo son parcialmente y, finalmente, «las agresiones a la indemnidad (destrucción, supresión, ocultación...) tan solo se sancionan como delito de daños, arts. 263 y 264 CP, o en el marco de los delitos contra la Administración Pública, arts. 413 y ss. CP»³⁴.

³⁰ Véase ECHANO BALDASÚA, en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, 1998, p. 751; EL MISMO, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 294.

³¹ Véase GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, p. 134 (cursivas allí).

³² Amplia información en BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, 2000, pp. 132 ss. Además de GARCÍA CANTIZANO, defienden esta teoría “funcional” del bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental, entre otros autores, COCA VILA, «Las falsedades documentales», en SILVA SÁNCHEZ, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general y especial*, 2019, pp. 222 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Introducción», en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, 2011, pp. 158 ss.; ya antes, EL MISMO, en «Falsificación de documentos», en LUZÓN PEÑA, (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002, pp. 722 ss.; NUÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, 1998, pp. 178 ss.; PEÑARANDA RAMOS, «Falsedades», en MOLINA FERNÁNDEZ, (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre*, 2017, pp. 1656 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 94 ss.

³³ Rechazan que con la teoría funcional del bien jurídico se produzca esa confusión, entre otros, BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, 2000, p. 135; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, pp. 135 s.; VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, p. 97. Más matizado, PEÑARANDA RAMOS, en MOLINA FERNÁNDEZ, (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre*, 2017, p. 1657, distingue entre aquellas funciones del documento «que determinan las notas del objeto material y aquellas que sirven además para delimitar el alcance del bien jurídico tutelado».

³⁴ Véase ECHANO BALDASÚA, en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, 1998, p. 769; EL MISMO, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 295. Se hacen eco de ello,

En cualquier caso, existe amplio acuerdo en destacar la protección dispensada en el delito de falsedad documental a la función probatoria del documento, en lo que insisten de manera particular aquellos autores para quienes estaríamos aquí ante un delito contra los medios de prueba. Como recordábamos al comienzo de esta contribución, ya en relación al Derecho romano destacaba MOMSEM esta vinculación especial entre conductas falsarias y proceso³⁵ y vimos también entonces cómo la evolución posterior permite constatar la estrecha relación entre falsedad documental y falso testimonio. Pero, como resulta notorio, fue BINDING quien apeló de manera determinante a la “pureza en la conducción de la prueba” (*Reinheit der Beweisführung*) en cuanto bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental³⁶. Tesis defendida también por coetáneos de BINDING tan significativos como GARRAUD³⁷ en Francia y con ulterior desarrollo en importantes monografistas como CARNELUTTI o MALINVERNI, entre otros³⁸. Y también en la doctrina alemana más reciente –lo acabamos de recordar–, aún dominando la apelación, en cuanto bien jurídico de las falsedades, a la “seguridad en el tráfico jurídico”, a la hora de concretar el sentido de esta referencia, se insiste en el valor probatorio del documento³⁹, por más que se mencione también en ocasiones alguna otra de sus funciones. En este sentido, nos recuerda GARCÍA CANTIZANO que tanto PUPPE, al insistir en la función de garantía del documento, como SAMSON, cuando pone el acento en su función de perpetuación⁴⁰, lo hacen desde la óptica de la función probatoria del documento. Y también en la doctrina española ha encontrado eco esta propuesta de determinación del bien jurídico⁴¹.

también, entre otros autores, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en LUZÓN PEÑA, (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002, p. 723; PEÑARANDA RAMOS, en MOLINA FERNÁNDEZ, (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre*, 2017, pp. 1656 s.

³⁵ Véase *supra*, apartado 2 (n. 13). Reconduce al Derecho romano la tesis de la protección de la prueba en cuanto bien jurídico protegido en la falsedad documental MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, 1958, p. 225.

³⁶ Véase BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. BT*, t. 2.1, 2ª ed. (1904), 1969, pp. 108 ss., 115. Para la aportación de Binding en este contexto, véase sólo, en nuestra doctrina, BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, 2000, pp. 113 ss.; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, pp. 110 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 68 ss.

³⁷ Véase GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3ª ed., t. IV, 1922, p. 107, quien habla de «correlación necesaria entre el sistema de pruebas y el sistema de falsedades».

³⁸ Véase CARNELUTTI, *Teoría del falso*, 1935, pp. 3 ss.; MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, 1958, pp. 225 ss. Cfr. Además, entre otros monografistas, GALLIANI, *La falsità in scrittura privata*, 1970, p. 188: «el bien protegido mediante la incriminación de la falsedad en documento privado se encuentra en el ámbito del derecho probatorio»; HAEFLIGER, *Der Begriff der Urkunde im schweizerischen Strafrechts (art. 110 StGB)*, 1952, pp. 26 ss.

³⁹ Cfr. Las referencias de la n. 28.

⁴⁰ Véase GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, p. 134. Cfr. Al respecto PUPPE, «§267», *NK*, 2003, nm. 6 («es la denominada función de garantía del documento el bien jurídico protegido por el par. 267 StGB»); SAMSON, *Urkunde und Beweiszeichen. Die verkörperte Gedankenerklärung als Merkmal des strafrechtlichen Urkundenbegriffe*, 1968, pp. 109 ss., 117: «El significado especial de los documentos reside en que representan un fundamento para decisiones con relevancia jurídica. Pero si los documentos son un fundamento especialmente adecuado de decisiones con relevancia jurídica, ello se debe a su capacidad de perpetuación».

⁴¹ Véase, por ejemplo, BENÉYTEZ MERINO, «Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias del artículo 302 del CP», en BENÉYTEZ MERINO et al., *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, 1994, pp. 37 ss., quien, partiendo de las tradicionales apelaciones a la fe pública o la seguridad en el tráfico jurídico, añade, sin embargo, a la hora de concretar el objeto material: «el proceso lógico para la construcción del concepto de documento no puede ser otro que el de extraer del régimen jurídico del documento como medio de prueba las notas características que lo constituyen» (p. 48). Por su parte, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en LUZÓN PEÑA, (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002, aun defendiendo, como hemos indicado, la teoría funcional, parte de que «se trata de proteger el valor específico de los documentos como medios de prueba (en el proceso y fuera de él)» (p. 722). QUINTERO OLIVARES, «Las falsedades documentales y la evolución del derecho positivo español», en MUÑOZ CONDE, (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Falsedad y defraudación*, 1995, pp. 73 ss., entiende protegido por los tipos de la falsedad documental «la alteración de la capacidad probatoria-procesal de los datos o hechos recogidos en un documento, que por tanto puede afectar a la decisión que haya de adoptarse en un eventual litigio» (p. 82). Y RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., 1995, p. 945, proponía, de *lege ferenda*, llevar esta materia a un grupo de delitos contra los medios de prueba.

Posición que, como las demás, ha encontrado asimismo objeciones, entendiendo algún autor que el planteamiento de BINDING se centra en el papel del documento como medio de prueba dentro del proceso, dejando a un lado la vertiente extraprocesal⁴². Y se aduce, por otra parte, la dificultad de encajar esta tesis en un derecho positivo, como el español, donde se separa la falsedad documental de los delitos contra la Administración de Justicia, que recogen otros delitos contra los medios de prueba, como lo es el falso testimonio; y tampoco se incluye entre estos (ni entre las falsedades, como ya hemos indicado) la destrucción de documentos, sino que se lleva al ámbito de los delitos patrimoniales⁴³.

Cabe, en síntesis, concluir que sigue abierta la cuestión de cuál sea el bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental. No es de extrañar entonces que un autor tan significativo como CARNELUTTI considere «vano e infecundo» plantearlo⁴⁴. Y la reciente aportación de ROJAS abandona la aproximación metodológica tradicional, que parte del bien jurídico protegido, «discusión más bien abstracta» y baja «al nivel menos elevado del *texto* de la ley», planteando «¿qué significa cometer falsedad en un *documento*?», y pasando directamente a abordar este último concepto⁴⁵. Tenemos, finalmente, un buen número de autores que renuncian a establecer un bien jurídico común a las distintas falsedades, entendiendo que el interés protegido será distinto dependiendo de la clase de documento o de la concreta modalidad falsaria⁴⁶.

En relación directa con el problema del bien jurídico tutelado aborda, por otra parte, la doctrina, algunas cuestiones de las que nos ocuparemos más adelante. Entre otras, la de si entendemos protegido un interés de carácter individual⁴⁷ o colectivo⁴⁸, lo que incidirá sobre la relación con otros delitos; en particular, los patrimoniales. Cuestión concursal esta que se vincula también, por otra parte, con la decisión de si nos encontramos ante delitos de lesión o de peligro⁴⁹.

⁴² En tal sentido, por ejemplo, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, p. 115. Lo rechaza, con buenos argumentos, BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, 2000, pp. 118 ss.

⁴³ Véase, en este sentido, BOLDOVA PASAMAR, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, 2000, pp. 124 ss.

⁴⁴ Véase CARNELUTTI, *Teoría del falso*, 1935, p. 2, aunque, como acabamos de ver, sigue de cerca el planteamiento de Binding.

⁴⁵ Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, pp. 52 s. (cursivas allí); ya antes, EL MISMO, «Falsedad documental como delito de engaño», *Revista Chilena de Derecho*, (41-2), 2014, p. 525.

⁴⁶ En este sentido, entre otros autores, BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, pp. 14 ss., entiende que son diversos los intereses protegidos en los delitos de falsedad en documento público y en documento privado; CÓRDOBA RODA, «Título XVIII. De las falsedades», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. II, 2004, pp. 1741 ss.: «La fe pública es una noción abstracta y formal cuya meta es la protección de otros intereses, más concretos, que varían según la clase de documento» (p. 1815); ECHANO BALDASÚA, en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, 1998, p. 769; EL MISMO, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 296, habla de un bien jurídico de carácter institucional, «que es complementario y está al servicio de otros bienes jurídicos»; MAURACH/SCHRODER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*. v. 2, 8ª ed., 1999, parten de las funciones del documento, pero entienden que el bien jurídico cabe después especializarlo en función de la modalidad falsaria (p. 163); PUPPE, «§267», *NK*, 2003, nm. 2, aunque concluye defendiendo, como hemos visto (*supra*, n. 40) que el parágrafo 267 StGB protege la función de garantía del documento, ha afirmado previamente que «la doctrina dominante trata de buscar un bien jurídico común a todas las modalidades de falsedad documental, lo que resulta imposible».

⁴⁷ En este sentido, por ejemplo, PUPPE, «§267», *NK*, 2003, nm. 7 a).

⁴⁸ Así, la doctrina dominante. Cfr., por todos, MAURACH/SCHRODER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*. v. 2, 8ª ed., 1999, p. 163

⁴⁹ Así, por ejemplo, mientras ANTÓN ONECA, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948, p. 106, exponía, con notable claridad, las razones que le llevaban a caracterizar la falsedad documental como delito de peligro, el reciente tratadista ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, pp. 135, 161,

Relacionado, en fin, con el bien jurídico, se halla asimismo el problema de la existencia o no de antijuridicidad material, que permitirá concluir la posible irrelevancia, por inocuas, de algunas conductas falsarias⁵⁰. Y una última advertencia, que encontramos recogida de manera constante en la doctrina y cobra importancia también en orden a la solución de los posibles concursos con otros delitos: el carácter claramente instrumental de las falsedades documentales⁵¹. El debate de estas y otras cuestiones próximas está en estrecha conexión con la particular concreción legislativa, por lo que serán objeto de nuestra atención más adelante. Pero previamente, debemos ocuparnos todavía con el problema del concepto de documento.

4. Concepto de documento

Como apuntábamos en el apartado anterior, a propósito de la “tesis funcional” en orden a la concreción del objeto de tutela en el delito de falsedad documental, es necesario separar esta cuestión del bien jurídico de la del objeto material. Así lo reconocen también algunos de los defensores del mencionado planteamiento –nos hacíamos eco de ello entonces- cuando hablan de la necesidad de distinguir entre aquellas funciones del documento «que determinan las notas del objeto material y aquellas que sirven además para delimitar el alcance del bien jurídico tutelado»⁵². Y, en sentido análogo, algunos de quienes sostienen la tesis que centra en la función probatoria del documento el bien jurídico protegido, no tienen problema en prescindir de este dato a la hora de caracterizar el concepto de documento en cuanto objeto material del delito que nos ocupa⁵³.

Vamos a ocuparnos ahora, de la manera concisa que impone la índole de nuestra contribución, con este último problema: el de determinar las notas o características que debe reunir el concepto de “documento”, en cuanto objeto material del delito de falsedad documental. Bien entendido que, salvo alguna indicación relativa a la definición ofrecida por el artículo 26 del Código Penal español, no entraremos de momento en el estudio del derecho positivo, con su problemática

considera delito de peligro las modalidades falsarias, mientras que las de uso del documento falso serían delito de lesión.

⁵⁰ Cfr., por todos, CALLE RODRÍGUEZ, *Falsedades documentales no punibles*, 1998, *passim*. La irrelevancia penal de las falsedades inocuas se vinculaba tradicionalmente con la exigencia de perjuicio ajeno (real o potencial) que incorporaba la definición de falsedad acuñada por Farinaccio, de la que nos hacíamos eco más arriba (apartado 2). Y, en este sentido, CHAUVEAU/HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, 2ª ed., t. I, 1863, p. 450, remontan al Digesto el brocardo, muy citado por la doctrina más antigua, *non punitur falsitas in scriptura quae non solum non nocuit, sed nec erat apta nocere*. Hoy se apela, para concluir esta misma impunidad de las falsedades inocuas a la ausencia de antijuridicidad material (en este sentido, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948, p. 106, o bien se llega a ese mismo resultado analizando, con criterios de imputación objetiva, el carácter “idóneo” del engaño en que se concreta la acción falsaria (así, entre otros, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, pp. 271 ss.)

⁵¹ Como afirma expresivamente COBO DEL ROSAL, «Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad», *CPC*, (56), 1995, pp. 429 ss., p. 438, «la falsificación por la falsificación no tiene sentido jurídico penal». Ya nuestro primer monografista en esta materia, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, 1952, p. 212, afirmaba que «el delito de falsedad raramente se comete con la exclusiva finalidad falsaria, siendo lo normal que persiga otro propósito, generalmente también delictivo». Y, años antes, leemos en GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3ª ed., t. IV, 1922, pp. 7 s., que «las diferentes clases de falsedad no son, a decir verdad, sino actos preparatorios de otros delitos, normalmente de estafa».

⁵² En este sentido, PEÑARANDA RAMOS, en MOLINA FERNÁNDEZ, (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre*, 2017, p. 1657, como indicábamos en la n. 33.

⁵³ Es el caso, por ejemplo, de MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, 1958, pp. 29 s. (defensor, como vimos -cfr. las referencias en la n. 38-, de la tesis de Binding en relación al bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental), quien al ocuparse del objeto material de la falsedad, señala, sin embargo, que el documento es, ante todo, “declaración”, “contenido de pensamiento”; por el contrario, que sea o no un medio de prueba es un elemento extraño a la noción de documento.

referencia a distintas categorías de documentos, de contornos como mínimo poco precisos, como tendremos ocasión de comprobar más adelante (en el apartado 6).

Pues bien, en este sentido que ahora nos interesa, hay amplio acuerdo, desde BINDING, en entender que el concepto de documento se nutre de dos elementos esenciales: una declaración de voluntad (o de percepción, en los denominados documentos testimoniales, como veremos después) y un garante de veracidad de la misma, el emisor⁵⁴. A ello añadía BINDING que la mencionada declaración tuviera carácter escrito⁵⁵, dato que hoy, sin embargo, no se considera esencial, aunque sí se exige que aparezca “corporeizada” de algún modo. Y los mismos elementos se repiten desde entonces. Siguiendo con la doctrina alemana, leemos así, por ejemplo, en KIENAPFEL, que «las características constitutivas del concepto jurídico-penal de documento son la declaración incorporada a la escritura y la cognoscibilidad del emisor»⁵⁶. O, más recientemente, define PUPPE el documento como «una declaración en el tráfico jurídico, incorporada en signos estables, que permite reconocer la identidad del declarante (del emisor)»⁵⁷. También en la doctrina italiana, vemos como uno de los monografistas más significativos de esta materia, MALINVERNI, insiste en que el documento es, ante todo, “declaración”, “contenido de pensamiento”, siendo este dato y el de su autor, los elementos centrales a indagar cuando abordamos el problema del objeto material de los delitos de falsedad documental⁵⁸. Y en lo que se refiere a nuestra doctrina, baste citar a GARCÍA CANTIZANO, quien, tras defender –ya nos hemos hecho eco de ello– una teoría “funcional” del bien jurídico protegido en los delitos que nos ocupan, cuando pasa a ocuparse del objeto material, insiste en la “declaración” como dato que determina la esencia del documento⁵⁹.

Siendo constante la exigencia de estos dos datos (declaración y emisor) para caracterizar el concepto de “documento” en cuanto objeto material del delito de falsedad documental, la discusión ulterior –en la que aquí no podemos entrar–, especialmente en el contexto de la doctrina alemana, gira en torno a si a ellos debe añadirse, como elemento distinto, la “relevancia jurídica” o, más específicamente, la “aptitud y voluntad probatoria”; o más bien, como hemos apuntado anteriormente, este dato cobra relevancia ante todo en el contexto de la determinación del bien jurídico protegido⁶⁰. La anterior discusión aparece además mediatizada por el

⁵⁴ De manera muy elocuente advierte BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. BT*, t. 2.1, 2ª ed. (1904), 1969, p. 197, que un documento sin emisor es jurídicamente tan impensable como un testimonio sin testigo.

⁵⁵ Véase BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. BT*, t. 2.1, 2ª ed. (1904), 1969, p. 185.

⁵⁶ Véase KIENAPFEL, *Urkunde und andere Gewährschaftsträgern. Dogmatik, Kriminalpolitik und Reform*, 1979, p. 49. En las pp. 1 a 17 de esta importante monografía se reconstruye, con notable claridad, la historia de la exigencia del “carácter escrito” del documento.

⁵⁷ Véase PUPPE, «§267», *NK*, 2003, nm. 16; desarrollando a continuación, de manera muy minuciosa, el alcance de estos dos elementos: «corporeización de la declaración» (nm. 20 ss.) y el emisor del documento (nm. 59 ss.) De «corporeización de la declaración de un pensamiento» habla también, entre otros, SAMSOM, *Urkunde und Beweiszzeichen. Die verkörperte Gedankenerklärung als Merkmal des strafrechtlichen Urkundenbegriffe*, 1968, pp. 80 ss.

⁵⁸ Véase MALINVERNI, *Teoría del falso documentale*, 1958, pp. 9 ss., 29.

⁵⁹ Véase GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, pp. 146 ss. (especialmente, p. 152, donde la define como «aquel comportamiento humano consistente en la manifestación consciente y voluntaria de ideas, pensamientos, conceptos o representaciones de hechos»).

⁶⁰ La doctrina mayoritaria suele exigir también la relevancia jurídica como elemento del concepto de “documento” en cuanto objeto material del delito que nos ocupa. En este sentido, por todos, HEINE/SCHUSTER, «§267», *Sch/Schr*, 30ª ed., 2019, nm. 2 ss.; TRÖNDLE, «§267», *LK*, 10ª ed., 1988, nm. 9 ss. En sentido distinto, piensa, por ejemplo, KIENAPFEL, *Urkunde und andere Gewährschaftsträgern. Dogmatik, Kriminalpolitik und Reform*, 1979, p. 49, que debe prescindirse de la idea de relevancia jurídica (y de la aptitud probatoria) como características autónomas del concepto de documento. Una completa consideración del alcance de este dato ofrece, recientemente, KRELL, «Zur

reconocimiento o no de la categoría –acuñada por primera vez por BINDING⁶¹- de “documento casual”, frente a la del denominado “documento intencional”, distinción esta en las que tampoco podemos detenernos ahora⁶².

Y aunque dejemos para más adelante (apartado 6) el estudio de las clases de documentos, de acuerdo con la respectiva relevancia jurídica que les asigna nuestro derecho positivo, conviene recordar aquí, en esta primera aproximación general al concepto de documento, la distinción antes apuntada entre documentos dispositivos y testimoniales, presente también ya en BINDING⁶³. De acuerdo con la precisa caracterización de MAURACH, los primeros suponen una declaración relativa a la creación, modificación o anulación de relaciones jurídicas, mientras que los segundos recogen información sobre el acaecimiento de hechos con relevancia jurídica⁶⁴. En la doctrina penal más reciente, se ha hecho eco también, de esta distinción, de nuevo con notable claridad, el profesor ROJAS AGUIRRE, quien señala que si en la declaración, como elemento central del concepto de documento, «se expresa una voluntad de *disposición*, por ejemplo, un acto o contrato, se trata de un *documento dispositivo*. Si en la declaración se expresa la *observación* de una circunstancia fáctica, por ejemplo, que una persona se encuentra viva, se trata de un *documento testimonial*»⁶⁵. Volveremos también más adelante sobre esta distinción.

Cabe, todavía, añadir a esta primera aproximación al concepto jurídico-penal de documento, que lo hasta ahora apuntado vale también para el denominado “documento electrónico”, de acuerdo con la doctrina dominante al respecto⁶⁶. Baste recordar, a este respecto, que el art. 3.1 de la reciente Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, establece que «los documentos electrónicos públicos, administrativos y privados, tienen el valor y la eficacia jurídica que corresponde a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulta aplicable». La índole de esta contribución impide que nos detengamos en esta novedosa categoría.

Con los datos apuntados, se entienden las reservas con las que ha sido acogida, por parte de la doctrina mayoritaria, la definición de documento que incorpora el vigente Código Penal de 1995,

Beweisfunktion der Urkunde», GA, 2019, pp. 325 ss., quien concluye que todo depende de cómo se entienda –en sentido predominantemente subjetivo o, por el contrario, objetivo- el elemento de la “voluntad declarada” (cfr. el resumen de la p. 337).

⁶¹ Véase, al respecto, BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*. BT, t. 2.1, 2ª ed. (1904), 1969, pp. 187 ss., quien ofrece como ejemplo (aducido siempre desde entonces) de documento “casual” (*Zufallsurkunde*) la carta de amor aportada a un proceso de separación matrimonial (p. 190).

⁶² La relevancia de la categoría “documento casual” está siendo cada vez más cuestionada en la doctrina alemana. Véase, por todos, PUPPE, «§267», NK, 2003, nm. 8 ss., quien concluye calificando a los denominados documentos casuales, como “cuerpo extraño” (nm. 15).

⁶³ Véase BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*. BT, t. 2.1, 2ª ed. (1904), 1969, p. 185.

⁶⁴ MAURACH/SCHRODER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*. v. 2, 8ª ed., 1999, p. 168. Véase, además, sobre esta distinción, por todos, JAKOBS, *Falsedad documental. Revisión de un delito de engaño*, 2011, pp. 79 ss., 107 ss.

⁶⁵ Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, pp. 66 ss. (lo entrecorillado en el texto, en p. 67, cursivas allí). Ya antes, EL MISMO, *Revista Chilena de Derecho*, (41-2), 2014, pp. 527 ss.

⁶⁶ En este sentido, por todos, MIR PUIG, Carlos, «Sobre algunas cuestiones relevantes del Derecho Penal en internet», en LÓPEZ ORTEGA, (dir.), *Internet y Derecho Penal. Cuadernos de Derecho Judicial 2001 (X)*, 2002, pp. 281 ss.: «a efectos jurídicos, el documento informático, o informatizado, no plantea, pues ninguna particularidad» (p. 287). Para el documento electrónico, cfr. también, en esa misma publicación colectiva, las contribuciones de ROVIRA DEL CANTO, «Tratamiento penal sustantivo de la falsificación informática», pp. 457 ss.; DE URBANO CASTRILLO, «El documento electrónico: aspectos procesales», pp. 525 ss. Cfr. además, por todos, BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, pp. 63 ss., 65: «no varía el concepto de documento, sino que cambian las maneras en las que se llevan a cabo las funciones tradicionales del documento».

en su artículo 26: «A los efectos de este Código, se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica». En el origen de esta disposición, está la idea de adaptar el concepto de documento a la creciente tendencia jurisprudencial que venía admitiendo que, frente a la tesis tradicional de los países latinos, aquel no podía limitarse a los “escritos”, debiendo admitirse otro tipo de soportes. De ahí que en la definición transcrita se ponga el acento en este dato de la indiferencia del soporte. Pero el reiterado concepto legal peca de insuficiente, por un lado, y de excesivo, por otra parte. En efecto, resulta insuficiente en cuanto que del mismo no se desprende la exigencia de ninguno de los momentos centrales del concepto de documento antes reseñados: que se trate de una declaración de voluntad y que haga cognoscible al emisor⁶⁷. Y puede resultar excesivo en esa amplia referencia a “datos, hechos o narraciones” y, especialmente, si se entiende que la referencia final a “cualquier otro tipo de relevancia jurídica” va más allá que la mera “eficacia probatoria” requerida inmediatamente antes. De ahí que la doctrina mayoritaria, sostenga que el mencionado precepto debe ser objeto de “interpretación teleológico-restrictiva”⁶⁸; y, por otra parte, se incline también a entender que la referencia a “cualquier otro tipo de relevancia jurídica” tiene carácter superfluo, por reiterativa, no añadiendo nada a la previamente exigida “eficacia probatoria”⁶⁹.

Más aún, se hacen eco también diversos autores de los problemas de coordinación entre la definición de documento del art. 26 CP y la regulación prevista, para los delitos de falsedad documental, en los artículos 390 ss.⁷⁰ Y un comentarista tan significativo como CÓRDOBA RODA, llega a afirmar que la definición de documento de los preceptos a que acabamos de aludir no se obtiene por remisión al artículo 26, cuya definición se proyecta sobre otros delitos de la parte especial; antes bien, según este autor, el concepto de documento de los delitos de falsedad documental se obtiene a partir de los artículos 1216 y siguientes del Código Civil y 317 ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷¹, como tendremos ocasión de comprobar más adelante (apartado 6).

5. Aporías (según Rojas Aguirre) del modelo regulativo

Antes, sin embargo, y como apuntábamos al comienzo de esta contribución, queremos dejar constancia, por su innegable interés en orden a la necesaria reformulación legal del delito que nos ocupa, del sugerente planteamiento de ROJAS, cuando denuncia la existencia de una serie de

⁶⁷ Véase, en este sentido, las críticas al art. 26 CP por parte de, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en LUZÓN PEÑA, (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002, p. 724; ECHANO BALDASÚA, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 297 ss.

⁶⁸ Así, por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en LUZÓN PEÑA, (dir.), *Enciclopedia penal básica*, 2002 p. 724.

⁶⁹ Así, por todos, ECHANO BASALDÚA, en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, 1998, pp. 774 ss.; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997, pp. 53 ss. Entiende, por el contrario, FERNÁNDEZ PANTOJA, «Artículo 26», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. III, pp. 93 ss., 105, que la referencia a «cualquier otro tipo de relevancia jurídica», en el citado precepto, «no es redundante ni superflua». VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, p. 167, piensa, por su parte, que el inciso final del art. 26 CP haría referencia a que la eficacia probatoria puede ser tanto procesal como extraprocesal.

⁷⁰ En este sentido, por todos, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997, pp. 45 ss., 47, quien entiende que «hubiera sido preferible introducir en el propio Capítulo dedicado a las falsedades la definición de documento».

⁷¹ Véase CÓRDOBA RODA, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. II, 2004, pp. 1771 ss. En esa misma dirección, cita este autor la STS 578/1999, Penal, de 20 de abril (ECLI:TS:1999:2633), que también entiende que la definición de documento del art. 26 CP se aplicaría a otros preceptos del Libro Segundo del Código Penal como el art. 320.1 (informes urbanísticos) o el art. 413 (infidelidad en la custodia de documentos).

“dicotomías” que lastran la adecuada comprensión y regulación de las falsedades documentales. Reflexiones que, aún centradas las previsiones del Código Penal chileno, cabe extender también en buena medida –y así lo hace el mencionado autor- a nuestra regulación⁷².

La primera de las dicotomías se presenta a la hora de concretar el bien jurídico protegido y consiste «en un decurso argumentativo que parte analizando la afectación de la *fe pública* como bien jurídico y termina discurrendo en torno a la lesión del *patrimonio*»; moviéndose así la argumentación «en las antípodas de dos bienes jurídicos esencialmente distintos»⁷³. Ello da lugar, siempre según ROJAS, a «una *escisión conceptual* al interior de este sistema de normas con masivas consecuencias en la aplicación práctica del modelo»⁷⁴.

La segunda dicotomía procede de la proyección de la anterior sobre el objeto material: «la dicotomía entre fe pública y patrimonio se torna en una bifurcación del “objeto” sobre el que recae la conducta típica del delito de falsedad». El documento público «se erige en un auténtico portador de la fe pública», mientras que el documento privado pasa a ser «un simple medio de comisión» de un delito patrimonial⁷⁵, lo cual origina a su vez «un doble movimiento conceptual: primero mediante la ampliación del concepto de documento público al documento *oficial* y, segundo, mediante la diferenciación del concepto de documento *mercantil* del de documento privado»⁷⁶. De este modo, «la doctrina presa de este modelo de comprensión aplica la relevancia jurídica como un criterio *esencial y cualitativo* que diferencia entre, por un lado, documentos propiamente tales –documentos públicos, oficiales y mercantiles equivalentes a estos-, que *per se* son dignos de protección» y, por otra parte, «documentos deficitarios –los privados y los mercantiles equivalentes a ellos-, que *per se* son *indignos* de protección y cuya relevancia jurídica es mediata por estar supeditada a la lesión de un bien jurídico personal»⁷⁷.

Una tercera dicotomía sería la que subyace a la distinción entre falsedad ideológica y falsedad material, distinción que, teniendo «su origen en una mera clasificación de modalidades de comisión de la falsedad», se transforma, sin embargo, «en una diferenciación *cualitativa* de injustos»⁷⁸. En un detenido análisis, que no podemos aquí reproducir, muestra, en efecto, ROJAS el deslizamiento que, tanto en la doctrina chilena como en la española, se produciría desde una «distinción de modalidades de realización de la *conducta típica* del delito de falsedad documental, cuestión que depende básicamente de la forma de interpretar el tipo», hacia «una clasificación entre delitos especiales y delitos comunes, que habitualmente la doctrina tematiza en *sede de autoría y participación criminal*»⁷⁹.

Estrechamente relacionada con ella estaría, finalmente, la dicotomía existente entre delito especial y delito común⁸⁰, en cuyo análisis vuelve a insistir Rojas en el carácter circular que adoptan las argumentaciones al respecto tanto de la doctrina chilena como de la española.

⁷² Véase, para lo que sigue, ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, pp. 87 ss.

⁷³ Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, p. 87 (cursivas allí).

⁷⁴ Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, p. 94.

⁷⁵ Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, p. 87.

⁷⁶ Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, p. 94 (cursivas allí).

⁷⁷ Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, p. 100 (cursivas allí).

⁷⁸ Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, p. 88 (cursivas allí). Amplio desarrollo en pp. 101 ss.

⁷⁹ Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, p. 103 (cursivas allí).

⁸⁰ Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, pp. 117 ss.

Volveremos sobre las interesantes conclusiones obtenidas por ROJAS al desarrollar el sentido y alcance de estas dicotomías. La somera presentación que acabamos de ofrecer nos sirve, en cualquier caso, de punto de partida para intentar desentrañar alguno de los numerosos problemas interpretativos que suscita la regulación de los delitos de falsedad documental recogida en nuestro Código Penal, análisis que emprendemos en el siguiente apartado, antes de ofrecer las correspondientes propuestas de reforma.

6. Problemas fundamentales de la regulación vigente

Llegamos así al momento de ocuparnos críticamente con la regulación que de las falsedades documentales ofrece nuestro Código Penal. Obviamente, no podemos entrar en un análisis detenido de los múltiples problemas interpretativos suscitados por aquella, objeto, por lo demás, de completos estudios monográficos⁸¹. Nuestro objetivo, mucho más modesto, es destacar solo –con el hilo conductor de las detectadas por ROJAS, a las que aludíamos en el apartado precedente– alguna de las incongruencias más significativas, comenzando por las de índole sistemática, para seguir con la tipología de documentos protegidos, las modalidades típicas de comisión, con especial atención a la previsión de una (sorprendente) forma imprudente, para finalizar con una referencia a alguno de los problemas concursales suscitados.

6.1. Cuestiones sistemáticas

De acuerdo con este esquema, comenzaremos por los problemas derivados de la *sistemática* acogida. Como es notorio, nuestro modelo, con clara inspiración en el francés adopta como punto de partida el del tipo (especial) de falsificación en documento público u oficial llevada a cabo por funcionario público o autoridad, en el ejercicio de sus funciones (art. 390.1 CP). A partir de ahí, encontramos una serie de derivaciones de distinta índole: en primer lugar, equiparando a aquella clase de documentos los “mercantiles” –volveremos a continuación sobre este particular–, en claro contraste con el carácter especial del tipo, provocando así un deslizamiento desde la naturaleza del objeto material (clase de documento) a la del tipo (común o especial), en el sentido denunciado por ROJAS. A su vez, el art. 392 CP se refiere a la falsedad cometida por particular en un documento público, oficial o mercantil, en alguna de las tres primeras modalidades de conducta previstas en el art. 390.1 CP, alguna de las cuales, sin embargo, solo cobra sentido cuando se trata de las llevadas a cabo por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (por ejemplo, la del número 3º); solo la extensión al documento mercantil de las conductas típicas del art. 390.1 CP puede explicar esta paradoja. Confusión, por tanto, en este caso, entre los problemas derivados de la clase de documento de que se trate, el carácter común o especial del tipo y la índole concreta de la conducta típica, en relación a la cual gravita además el problema de la poca precisa distinción entre falsedades “materiales” e “ideológicas”, de acuerdo con la terminología convencional. Finalmente, el art. 395 CP capta la falsedad en documento privado, exigiendo, sin embargo, un elemento –la intención de perjudicar–, que las aproxima de manera clara al ámbito de los delitos patrimoniales, como tendremos ocasión de ver al tratar los problemas concursales; por otra parte, también aquí se mezclan, en confusa amalgama, la cuestión de la clase de documento con la de la modalidad de conducta típica, al referirse de nuevo el legislador a la comisión de «alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390».

⁸¹ Baste recordar los reiteradamente citados de GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997; VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999.

A este esquema básico se superpone, por otra parte, la distinción entre falsificación del documento y uso del documento falso, en términos que también precisaremos más adelante. Y, de otro lado, se recogen previsiones específicas, dudosamente justificadas, en relación a algún tipo particular de documento público u oficial, como pueden serlo los documentos de identidad, los despachos telegráficos o los certificados, dando lugar, en algún caso, a privilegios punitivos poco explicables. Ello por no hablar de la regulación específica de la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje, cuya separación frente a los documentos mercantiles ofrece dificultades particulares. Finalmente, cabe destacar, en este mínimo apunte de la sistemática del Código, la previsión, en su art. 391, de una modalidad de falsedad documental llevada a cabo de manera imprudente, lo que no puede por menos que resultar, *prima facie*, sorprendente.

Aunque no podamos analizar aquí de manera detallada estas variadas modalidades típicas, sí que entraremos en las siguientes páginas en el estudio de algún problema particular, pero baste este mínimo esquema para comprobar que la crítica de ROJAS expuesta en el apartado precedente es perfectamente aplicable a la regulación española: deslizamientos desde el objeto material (clase del documento) a la naturaleza común o especial del delito y a la modalidad de conducta típica, lo que da lugar a un esquema confuso y, en alguna medida, incongruente.

Algunos autores⁸² ponen de manifiesto, en claro contraste con ello, la mayor coherencia de modelo de inspiración alemana. De manera, de nuevo, muy simplificada (pues no podemos atender aquí a modalidades agravadas o a las previsiones legales relativas a otros objetos materiales distintos del documento en sentido estricto), se distingue entre la falsificación de un documento y la documentación falsa de un hecho jurídicamente relevante por parte de un funcionario público en el desempeño de sus funciones. La primera de estas conductas, prevista en el párrafo 267 StGB, puede ser llevada a cabo por cualquiera, haciéndose también abstracción de la clase de documento y puede consistir en la creación de un documento falso, la falsificación de uno auténtico o el uso de un documento inauténtico o falsificado. Se trata, por tanto, de conductas que afectan a la “autenticidad” del documento, no a su veracidad; en el sentido del contraste convencional entre nosotros de falsedades materiales o ideológicas, serían del primer tipo. Cuestión distinta es la falsa (en el sentido de “inveraz”) documentación de un hecho llevada a cabo por el funcionario en el desempeño de sus funciones, como delito especial propio previsto en el párrafo 348 StGB, dentro de los delitos relativos a la función pública (*Straftaten im Amt*). Solo al funcionario público le atañe, por tanto, un deber de veracidad reforzado con la amenaza de una pena. Ahora bien, dado las dificultades de admitir formas de intervención delictiva en un delito especial, sería, en principio, atípica la conducta del particular que provoca esta documentación mendaz del funcionario público, para evitar lo cual, el párrafo 271 StGB, bajo la expresiva rúbrica de “documentación falsa mediata”, castiga de manera expresa aquel comportamiento⁸³.

⁸² Véase, por todos, BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, pp. 82 ss., 97 ss., 102 ss.

⁸³ Como indica –siguiendo a Jakobs– COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general y especial*, 2019, p. 224, «son dos las clases de deberes a través de los que el ordenamiento jurídico garantiza la confianza en el tráfico jurídico»: Por un lado, recae sobre todo ciudadano «un deber negativo (*neminem laedere*) de no alterar materialmente documentos auténticos o elaborar documentos inauténticos»; es decir, de no alterar la autenticidad del documento. Por otra parte, «ciertos sujetos, en particular autoridades y funcionarios públicos, además de estar obligados en el sentido negativo descrito, lo están asimismo (...) de forma positiva»: están «obligados por un deber de veracidad»; esto es, «están jurídicamente obligados a documentar verazmente». Véase, además, contraponiendo también los modelos sistemáticos español y alemán, SILVA SÁNCHEZ, «La protección penal de la función notarial. Situación actual y perspectivas de futuro», en FUENTES MARTÍNEZ (coord.), *Delitos económicos. La función notarial y el Derecho Penal*, 2007, pp. 275 ss.

6.2. Clases de documentos

Pasamos a ocuparnos, siempre con la concisión que exige la índole de esta contribución, con aquellos problemas de nuestro derecho positivo que tienen que ver con las *clases de documentos*⁸⁴. Ya antes, al tratar del objeto material de las falsedades (apartado 4), nos hacíamos eco de la difícil articulación entre el concepto legal de documento, “a los efectos de este Código”, recogido en el art. 26 CP y las previsiones del capítulo II (“De las falsedades documentales”), del Título XVIII, del libro Segundo del Código Penal. Pues bien, la cuestión se complica aún más si tenemos en cuenta que este régimen legal de las falsedades documentales toma como punto de partida la separación entre documento “público” y “privado”, conceptos que, de acuerdo con el criterio dominante en la doctrina, tenemos que concretar acudiendo a las previsiones recogidas al respecto en otros cuerpos legales, básicamente, el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Más aún, junto a estas categorías básicas, el legislador penal acuña otras, que, no solo no define, sino que tampoco encontramos recogidas en otros sectores del ordenamiento jurídico, como sucede con las de documento “oficial” o “mercantil”, que obligan a un ulterior esfuerzo interpretativo y delimitador. Veámoslo con algo de detenimiento, comenzando por la categoría más significativa: la de documento público.

Como es notorio, al concepto de “documento público”⁸⁵, se refieren tanto el Código Civil, como la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero de estos cuerpos legales, en su art. 1216, establece que «son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley», añadiendo el art. 1218, que esta clase de documentos «hacen prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de este»; asimismo, «harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros». A su vez, el art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lugar de una definición, establece un catálogo de aquellos documentos que “se consideran” públicos, “a efectos de prueba en el proceso”⁸⁶. Y, por lo que se refiere a su fuerza probatoria, según establece el apartado 1 del art. 319 LECiv., «harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y, en su caso, demás personas que intervengan en ella».

La primera cuestión que se plantea es si estamos ante conceptos coincidentes o no, pues mientras que el Código Civil parece proponer un concepto de documento público, la enumeración de la

⁸⁴ Sobre la tipología de los documentos, atendiendo a diversos criterios clasificatorios, véase, por todos, ABEL LLUCH, «La prueba documental», en ABEL LLUCH/PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, 2010, pp. 15 ss., 44 ss.

⁸⁵ Para el concepto de documento público véase, por todos, en nuestra doctrina penal, VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 199 ss.

⁸⁶ Serían, en concreto: «1º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Letrados de la Administración de Justicia. 2º Los autorizados por notario con arreglo a derecho. 3º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho. 4º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales. 5º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. 6º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades». Conviene recordar que la Disposición Final Primera de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, establece que «lo dispuesto en esta ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe en documentos a los que se refiera su ámbito de competencia».

Ley de Enjuiciamiento Civil tiene carácter casuístico⁸⁷. Por otra parte, si ponemos en conexión estos preceptos con el concepto jurídico-penal de documento recogido en el art. 26 CP, y al que nos referíamos más arriba, destaca un sector de la doctrina procesalista que la Ley de Enjuiciamiento Civil parece partir del carácter escrito del documento, dada la separación que contempla entre la “prueba documental” *stricto sensu*, bien se trate de documentos públicos o privados (art. 299.1, 2º y 3º LECiv.) y aquellos otros medios de prueba a que alude el mismo art. 299 LECiv., en su apartado 2 (donde se habla de «medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas, llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso»), que indudablemente entrarían en el reiterado concepto jurídico-penal de documento del art. 26 CP⁸⁸.

En cuanto a requisitos comunes a esta clase de documentos, suelen mencionarse estos tres: 1) que estén autorizados, expedidos o intervenidos por un fedatario público, 2) dentro de su ámbito competencial de funciones y 3) con las formas o solemnidades previstas por la ley⁸⁹. Y si atendemos a los posibles fedatarios, vemos que la enumeración recogida en el art. 317 LECiv. distingue entre documentos judiciales, expedidos por los letrados de la Administración de Justicia, los notariales, a los que se añaden las certificaciones expedidas por Corredores de Comercio o Registradores de la Propiedad y Mercantiles y, por otra parte, los dos últimos apartados de este precepto (números 5º y 6º) contienen una referencia genérica a documentos administrativos; esto es, «expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones», como reza el nº 5. Se plantea entonces el problema de si estamos aquí ante lo que el legislador penal denomina –asimilándolos a los públicos– “documentos oficiales”, categoría que viene siendo objeto de intenso debate doctrinal y jurisprudencial.

En efecto, estamos ante un término –al parecer, fruto de la traducción, en el CP de 1822, del término “documento administrativo”, utilizado por el *Code Pénal* francés de 1810⁹⁰– que no encontramos en el Código Civil ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹¹. Lo primero, por tanto, que

⁸⁷ Así, por todos, ABEL LLUCH, en ABEL LLUCH/PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, 2010, p. 73, añadiendo que, además, resulta incompleta, pues debe colmarse acudiendo al art. 319.2 LECiv., para los documentos administrativos allí recogidos, y al art. 323 LECiv. para lo que se refiere a los documentos públicos extranjeros.

⁸⁸ En este sentido, por ejemplo, PICÓ I JUNOY, «Artículos 317 a 334», en LORCA NAVARRETE (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2000, t. II, pp. 1846 ss. Y así, mientras que los arts. 317 y ss. de la reiterada ley se ocupan de la prueba a través de documentos públicos, recogiendo los arts. 324 ss. la relativa a los documentos privados, cuando se trata de aquellos otros medios de prueba a que alude el art. 299.2 LECiv., hay que acudir a las previsiones contempladas en los artículos 382 ss. LECiv. De “cajón de sastre” califica FIDALGO GALLARDO, «Prueba documental», en GONZÁLEZ CANO (dir.), *La prueba, t.I: La prueba en el proceso civil*, 2017, p. 300, el inciso final de este apartado 2 del art. 299 LECiv. También para ABEL LLUCH, en ABEL LLUCH/PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, 2010, pp. 34 ss., la Ley de Enjuiciamiento Civil parte de un concepto de documento que presupone el soporte papel y la escritura.

⁸⁹ Así, por todos, ABEL LLUCH, en ABEL LLUCH/PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, 2010, pp. 71 s.; PICÓ I JUNOY, en LORCA NAVARRETE (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2000, t. II, p. 1848.

⁹⁰ En este sentido, por todos, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «La falsedad documental en el ámbito de la función pública», en MUÑOZ CONDE, (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Falsedad y defraudación*, 1995, pp. 97 ss, 101. Este mismo autor, en «Las falsedades en documentos oficiales», en BENÉYTEZ MERINO *et al.*, *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, 1994, pp. 77 ss., nos ofrece un completo estudio de esta categoría.

⁹¹ No obstante, HERRERO OVIEDO, *Del documento público al título inscribible*, 2006, pp. 31 ss. entiende que esta categoría, originaria del ámbito penal, encontraría reconocimiento en el art. 319.2 LECiv., cuando se refiere a «documentos administrativos no comprendidos en los números 5º y 6º del art. 317, a los que las leyes otorgan el carácter de públicos» y cita, entre estas normas, el art. 3.6 de la Ley de Firma Electrónica, de 19 de diciembre de 2003. Como es notorio, esta ley ha sido recientemente derogada por la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora

habría que aclarar es, si el “documento oficial” del legislador penal equivale a alguno de los documentos recogidos en los números 5º y 6º del art. 317 LECiv., a que acabamos de aludir, en cuyo caso entrarían ya directamente en la categoría de “públicos”, de acuerdo con las previsiones de este texto legal, por lo que no sería necesaria su mención explícita en el Código Penal. O se trata, más bien, de «documentos administrativos no comprendidos en los números 5º y 6º del art. 317, a los que las leyes otorguen el carácter de públicos»; pero, en este caso, el art. 319.2 LECiv. les asigna una eficacia probatoria diversa de la que, el apartado 1 de ese mismo precepto establece para los documentos públicos *stricto sensu*, lo que lleva entonces a plantear el por qué de su equiparación a efectos del delito de falsedad documental⁹².

Subsisten, en definitiva, serias dudas en relación a qué deba entenderse por “documento oficial” a efectos penales, lo que conduce a un casuismo jurisprudencial poco compatible con las exigencias del principio de taxatividad⁹³. No obstante, conviene destacar el abandono, en la jurisprudencia, de la vieja categoría de documento oficial “por incorporación”, o “por destino”, que ampliaba desmesuradamente el ámbito de esta clase de documentos, lo que suscitó crítica generalizada en la doctrina⁹⁴.

Conviene además recordar que, para complicar aún más la cuestión, nuestro derecho positivo, singulariza el tratamiento de algunos de estos documentos administrativos, como sucede con los documentos de identidad (art. 392.2 CP), despachos telegráficos (art. 394 CP), o los certificados (artículos 397 a 399 CP). Especial relevancia cobra este último supuesto, dado el tratamiento muy privilegiado que recibe la falsificación de un “certificado” frente a lo que sucede cuando nos encontramos ante un “documento oficial”⁹⁵, lo que ha provocado decisiones jurisprudenciales muy controvertidas, como sucedió con la que resolvió en última instancia el caso conocido como «Yak-42» (STS 279/2010, Penal, de 22 de marzo -ECLI:TS:2010:1502-), en la que se optó, ante la lenidad de la respuesta penal que en otro caso correspondería, por calificar las falsedades en los

de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, cuyo art. 3.1 distingue entre documentos electrónicos “públicos, administrativos o privados”. Entre los documentos a que se refiere el art. 319.2 LECiv. menciona, por su parte, ABEL LLUCH, en ABEL LLUCH/PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, 2010, p. 156, las actas de la Inspección Tributaria, que tienen naturaleza de documento público porque así lo señala expresamente el art. 144.1 de la Ley General Tributaria.

⁹² En contra de tal equiparación, aduce HERRERO OVIEDO, *Del documento público al título inscribible*, 2006, p. 34, que la elaboración de estos documentos oficiales «no se hace al amparo de la función fedataria (dotar de veracidad al contenido de sus *escritos*) del correspondiente funcionario» (cursivas allí). También en la doctrina penal se han alzado voces críticas frente a esta equiparación entre documento “público” y “oficial”. En este sentido, por todos, COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general y especial*, 2019, p. 229, apelando también a que «el fedatario público otorga un documento vinculado por un deber positivo de veracidad que legitima la especial fuerza probatoria del documento», a diferencia de lo que sucede con el documento oficial o administrativo.

⁹³ Véase solo la completa ejemplificación ofrecida por MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, en MUÑOZ CONDE, (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Falsedad y defraudación*, 1995, pp. 103 ss. Para la dificultad de concretar el alcance del concepto “documento oficial” véase solo, en nuestra jurisprudencia, la STS 1082/2009, Penal, de 5 de noviembre (ECLI:TS:2009:7677), con varios votos particulares discrepantes.

⁹⁴ Véase, por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 235 ss. La reciente STS 674/2020, Penal, de 11 de diciembre (ECLI:TS:2020:4222), ofrece un completo resumen de esta evolución jurisprudencial.

⁹⁵ Véase, por todos, FRAILE COLOMA, «Artículos 390 a 400 bis», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal*, t. V, 2015, pp. 71 ss., señalando que el artículo 398 CP «contempla una modalidad privilegiada de falsedad en documento oficial», privilegio incluso incrementado por el hecho de no ser típica la modalidad imprudente, como lo es en el art. 391 CP (p. 130).

correspondientes certificados de defunción como falsedad en documento público y no como falsedad en certificado⁹⁶.

Pasamos a los “documentos privados”⁹⁷. Lo primero que cabe destacar es el carácter residual que asigna a esta categoría el art. 324 LECiv.: «Se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 317»⁹⁸. Por su parte, el Código Civil, ni siquiera los define, ocupándose solo de su eficacia jurídica en el art. 1225: «El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes». Fuerza probatoria que aparece así establecida en el apartado 1 del art. 326 LECiv.: «Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del art. 319, cuando su autenticidad no haya sido impugnada por la parte a quien perjudiquen». Veremos inmediatamente en qué medida coincide lo establecido en uno y otro texto legal. A su vez, el art. 327 LECiv. remite a «lo dispuesto en las leyes mercantiles», para el caso en que «hayan de utilizarse como medio de prueba los libros de los comerciantes».

Antes, sin embargo, de ocuparnos con la relevancia probatoria de los documentos privados, conviene recordar brevemente cómo la cuestión central que se discute en este ámbito es el por qué de la notoria separación, en cuanto a las consecuencias jurídicas que conlleva su falsificación, de una clase de documentos privados, los denominados «documentos mercantiles», asimilados, a efectos penales, a los documentos públicos y oficiales. De nuevo nos encontramos ante una categoría no definida en la ley, lo que plantea el problema de su alcance. En todo caso, esa asimilación punitiva a los documentos públicos⁹⁹, ha llevado a la doctrina mayoritaria a proponer una interpretación restrictiva de la categoría documento mercantil¹⁰⁰, de la que es expresión más radical la posición de RODRÍGUEZ RAMOS, quien, tras un minucioso estudio del problema, concluye que «solo los títulos valores, que además de probar la existencia del derecho

⁹⁶ Para esta difícil separación entre “documento oficial” y “certificado”, véase, además, por todas, la STS 841/2013, Penal, de 18 de noviembre (ECLI:TS:2013:5816), que puso fin a una de las macro-causas relacionadas con la corrupción en el Ayuntamiento de Marbella.

⁹⁷ Véase, con carácter general, las monografías de CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, 1984; GALLIANI, *La falsità in scrittura privata*, 1970.

⁹⁸ Para HERRERO OVIEDO, *Del documento público al título inscribible*, 2006, «es difícil ofrecer una definición del documento privado que no sea la meramente negativa», pues su tipología «es tan variada que resulta imposible señalar un rasgo común que caracterice a todos».

⁹⁹ Esta identidad de tratamiento deriva históricamente de las previsiones del Código Penal francés de 1810 y fue ya criticada por CHAUVEAU/HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, 2ª ed., t. I, 1863, p. 477, quienes apuntaban, como causa de la decisión del legislador, a la rapidez de la circulación de estos documentos, pero añadían que la previsión legislativa había ido más lejos de lo pretendido, debiendo, por tanto, ser objeto de interpretación restrictiva.

¹⁰⁰ En tal sentido, entre otros autores, BACIGALUPO ZAPATER, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal español*, 1991, pp. 336 s. («solo deberían incluirse los transferibles por endoso o destinados a proporcionar a terceros información fehaciente sobre circunstancias determinantes de una situación económica»); COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general y especial*, 2019, pp. 230 ss.; CÓRDOBA RODA, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. II, 2004, pp. 1785 ss.; FRANCÉS LECUMBERRI, *El delito de falsedad documental societario y la contabilidad creativa*, 2017, pp. 170 ss.; LUZÓN CUESTA, «Las falsedades en documentos mercantiles, de identidad y certificados», en BENÉYTES MERINO et al., *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruíz Vadillo*, 1994, pp. 121, 126 ss.; NUÑEZ CASTAÑO, *La estafa de crédito*, 1998, pp. 221 ss.; OLAIZOLA NOGALES, «Artículo 392», en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, pp. 231 ss., 249 ss.; PEÑARANDA RAMOS, en MOLINA FERNÁNDEZ, (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre*, 2017, p. 1659

acreditan la titularidad del mismo al poseedor y, vencida la obligación, permiten su ejecución directa, parece que son merecedores de tal sobreprotección penal»¹⁰¹.

No hay que olvidar, por otra parte, que la exigencia legislativa de que la falsedad en documento privado se lleve a cabo “para perjudicar a otro”, va a determinar de manera decisiva la relación con el eventual delito patrimonial concurrente. Ahora bien, en el caso de los documentos mercantiles, su falsedad no se explica si no va animada de ese mismo ánimo de perjudicar que, al no venir, sin embargo, exigida en el tipo genérico de falsedad en documento “público, oficial o mercantil”, provocará una respuesta diversa a la relación con los delitos patrimoniales que la que se da en caso de documento privado. Volveremos de inmediato sobre esta cuestión.

A los problemas que supone la necesidad de separación entre documentos mercantiles y el resto de los documentos privados, dada su muy diversa significación desde la perspectiva de la gravedad asignada a su falsificación, se une el dato de que, desde la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se cierra el capítulo II (“De las falsedades documentales”) de este título XVIII del Libro Segundo del Código Penal, con una sección que lleva como rúbrica «De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje» (art. 399 bis CP), donde se prevén penas notoriamente superiores a las de la falsedad en documento mercantil realizada por particular (art. 392 CP), lo que aproxima la falsificación del objeto material mencionado en aquella rúbrica, pese a su inclusión entre los delitos de “falsedad documental”, a la “moneda”, objeto de las falsedades previstas en el capítulo primero de este título¹⁰².

Para terminar con este breve repaso por los problemas legislativos relacionados con el objeto material en cada caso afectado, conviene recordar, con la misma brevedad, cuál es la respectiva relevancia probatoria, para comprobar si resulta justificado un tratamiento sancionador tan dispar. Recordábamos más arriba que, de acuerdo con el apartado 1 del art. 319 LECiv., los documentos públicos «harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y, en su caso, demás personas que intervengan en ella», previsión que recibe, entre los procesalistas, alguna puntualización. En primer lugar, estamos ante un tipo de prueba legal o tasada –también llamada “prueba privilegiada”, lo que significa que está sustraída a la libre valoración por el juez¹⁰³. Por otra parte, la eficacia probatoria se ciñe a los datos que menciona el precepto que acabamos de transcribir; esto significa –como lo expresa ABEL LLUCH, refiriéndose al documento notarial- que «la eficacia privilegiada no se extiende al hecho documentado, sino al hecho de que determinadas personas efectúan una declaración en presencia notarial, sin que la fe pública cubra la veracidad de la propia declaración»¹⁰⁴. A ello añade algún autor el dato de que, al no haber derogado la Ley de Enjuiciamiento Civil el art. 1218 CCiv., que transcribíamos más arriba, hay que hablar de una eficacia *erga omnes* de esta clase de documentos¹⁰⁵. Lo anterior valdría para los documentos públicos “judiciales” y “notariales” (o asimilados), recogidos en los cuatro primeros números del

¹⁰¹ Véase RODRÍGUEZ RAMOS, «El documento mercantil como objeto de protección del delito de falsedad», *La Ley*, (15.05), 1998, pp. 1 ss., 4.

¹⁰² Cfr. al respecto, por todos, ECHANO BASALDÚA/GIL NAVAJAS, «Falsificación de medios de pago distintos del efectivo: adecuación a la normativa europea y estudio comparado», *RDPP*, (34), 2014, pp. 59 ss.; FERNÁNDEZ PANTOJA, «Artículo 399 bis», en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, pp. 485-520.

¹⁰³ En este sentido, por todos, ABEL LLUCH, en ABEL LLUCH/PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, 2010, p. 148; PICÓ I JUNOY, en LORCA NAVARRETE (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2000, t. II, p. 1856.

¹⁰⁴ Véase ABEL LLUCH, en ABEL LLUCH/PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, 2010, p. 151.

¹⁰⁵ En este sentido, por todos, PICÓ I JUNOY, en LORCA NAVARRETE (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2000, t. II, p. 1858.

art. 317 LECiv., pero en lo que se refiere a los denominados documentos “administrativos” - también nos hacíamos eco de ello más arriba-, habría que distinguir entre los mencionados en los números 5º y 6º de este mismo precepto, asimilados en todo a los “públicos” y aquellos otros «a los que las leyes otorguen el carácter de públicos», cuya eficacia probatoria será «la que establezcan las leyes que les reconozcan tal carácter» (art. 319.2 LECiv.)¹⁰⁶.

Mientras que el documento público –sigue ABEL LLUCH- goza de presunción de autenticidad (el impugnante debe promover la acción penal para acreditar su falsedad), la autenticidad del privado, caso de ser impugnado, tiene que ser acreditada por el aportante del documento¹⁰⁷. En efecto, aunque el apartado 1 del art. 326 LECiv. establece, como veíamos más arriba, que «los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319» –esto es, en los mismos términos que el documento público-, ello solo sucede «cuando su autenticidad no haya sido impugnada». En idéntico sentido, el art. 1225 CCiv. asigna al documento privado «el mismo valor que la escritura», pero solo en el caso de que haya sido «reconocido legalmente»; y con una ulterior restricción, su eficacia no es, en tal caso, *erga omnes*, sino solo «entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes», como indica (también lo vimos ya) ese mismo precepto. De donde concluye, HERRERO OVIEDO, que «el documento privado no reconocido carece de eficacia alguna»; para «que despliegue algún tipo de eficacia, será necesario su reconocimiento legal, es decir, se requerirá que en presencia del juez el autor reconozca efectivamente su autoría». Y, pese al tenor del art. 1225 CCiv., los efectos del reconocimiento variarán –concluye esta autora- según el alcance del mismo; esto es, a qué extremos se extienda¹⁰⁸.

Pero antes de concluir, a partir de esta distinta eficacia probatoria, en el sentido de si está justificada la diferencia de tratamiento que establece el legislador penal, hay que considerar críticamente otros aspectos de la regulación positiva y, en primer lugar, el que se refiere a las modalidades falsarias recogidas.

6.3. Conducta típica

Como es notorio, el vigente Código Penal de 1995 redujo notablemente el número de variantes de *conducta típica* previstas en Códigos anteriores, pero pervive un modelo regulativo complejo, donde son constatables algunas de las “antinomias” a que se refiere ROJAS y de las que nos hacíamos eco en el apartado precedente. Bien entendido que, como venimos haciendo en esta contribución, de orientación preferentemente político legislativa, no pretendemos analizar el sentido y alcance de la regulación de las falsedades documentales, con los múltiples problemas interpretativos que la misma suscita –y las incongruencias internas reiteradamente denunciadas

¹⁰⁶ Cfr. las referencias recogidas en la n. 90.

¹⁰⁷ Véase ABEL LLUCH, en ABEL LLUCH/PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, 2010, p. 148.

¹⁰⁸ Véase HERRERO OVIEDO, *Del documento público al título inscribible*, 2006, pp. 112-114. En la p. 113 recoge esta autora la expresiva afirmación de Rodríguez Adrados, para quien el documento privado sería “la nada documental”. En cualquier caso, se hace eco Herrero (pp. 117 ss.), siguiendo de nuevo a Rodríguez Adrados, de las dificultades de compaginar el art. 326 LECiv. con el art. 1225 CCiv., concluyendo «que cada precepto actúa en esferas distintas, de forma que, mientras la no impugnación del documento privado prevista en la Ley Procesal hace que este haga prueba plena en el sentido de que se admite la autoría formal del documento, en cambio, para que el contenido del documento pueda ser eficaz entre las partes es necesario su reconocimiento» (pp. 118 s.). En otras palabras, «la no impugnación del documento en juicio no prejuzga su autenticidad de fondo» (p. 119).

por la doctrina¹⁰⁹-, sino que nos limitaremos a mostrar algunos problemas estructurales de especial significación.

Un importante sector de la doctrina más reciente insiste en que nos encontramos ante un “delito de engaño”¹¹⁰. En palabras de PUPPE, «es el engaño sobre la circunstancia de que una persona determinada debe dejar hacer valer contra sí la declaración fijada como su palabra, lo que el tráfico jurídico y el ordenamiento jurídico no pueden tolerar, porque pone en peligro un principio básico del ordenamiento jurídico: el de la atribubilidad de las declaraciones emitidas en el tráfico jurídico a determinados sujetos de Derecho»¹¹¹, insistiendo así esta autora, como vimos en su momento, en la función garantizadora del concepto de documento. Y también entre nosotros ha insistido, por ejemplo, GARCÍA CANTIZANO, en este papel central del engaño como parte del contenido de la acción falsaria. Entiende, en efecto, que, pese a que el legislador «omite toda referencia al engaño como parte específica de la estructura típica del delito de falsedad documental», no obstante «dicho requisito resulta esencial a los efectos de admitir la existencia de este ilícito penal», aproximándose así a la estafa y otros delitos defraudatorios¹¹².

Ahora bien, el problema surge a la hora de plasmar legislativamente las conductas en que se concreta ese engaño. Y resulta muy ilustrativo, a este respecto, el cuadro de conductas de falsedad punible que nos facilita la clásica monografía de MALINVERNI, distinguiendo entre falsedad propia, que abarcaría las conductas de “creación”, “alteración” o “supresión” de un documento y falsedad impropia, referida esta expresión a las conductas de “uso” de un documento falso¹¹³.

En relación a este contraste básico, insiste particularmente MAURACH en la proximidad entre los delitos de falsificación de moneda y falsedad documental, que se traduciría no solo en esta tipificación común de modalidades de falsificación y otras de uso de lo falsificado (moneda o documento), sino también en que, en ambos casos, la falsificación puede revestir dos formas: modificación de un objeto auténtico o creación de uno inauténtico¹¹⁴. Ello no puede sorprender si tenemos en cuenta que testamentos y monedas –lo veíamos al comienzo de esta contribución– fueron los primeros objetos protegidos frente a conductas falsarias en la *Lex Cornelia de falsis*. Más aún, en nuestro derecho positivo encontramos una muestra expresiva de la fluidez del límite entre los dos delitos el hecho de que, desde la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la falsificación de tarjetas de crédito y débito o de cheques de viaje cambió su ubicación sistemática, desde el ámbito de la falsificación de moneda, al de las falsedades documentales, como también hemos constatado ya.

¹⁰⁹ Para una consideración exhaustiva de tales problemas e incongruencias es obligado remitir a los grandes estudios monográficos reiteradamente citados, en particular, el muy completo de VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999.

¹¹⁰ En este sentido, los expresivos títulos de las contribuciones monográficas de JAKOBS, *Falsedad documental. Revisión de un delito de engaño*, 2011; ROJAS AGUIRRE, «Falsedad documental como delito de engaño», *Revista Chilena de Derecho*, (41-2), 2014.

¹¹¹ Véase PUPPE, *Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*, 1972, p. 178 (tomo la referencia de ROJAS AGUIRRE, *Revista Chilena de Derecho*, (41-2), 2014, p. 548, quien sigue a Puppe en este punto). En «§267», *NK*, 2003, nm. 75, insiste Puppe en que el tipo protege el interés a hacer responsable al declarante por lo declarado.

¹¹² Véase GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997, pp. 101 ss.; ya antes, EL MISMO, *Falsedades documentales*, 1994, pp. 269 ss.

¹¹³ Véase MALINVERNI, *Teoría del falso documental*, 1958, p. 355.

¹¹⁴ Véase MAURACH/SCHRODER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*. v. 2, 8ª ed., 1999, p. 161.

Volviendo a las modalidades que MALINVERNI denomina de falsedad propia, llama la atención la ausencia, en la regulación que de las falsedades documentales ofrece nuestro Código Penal, de la de “supresión” (ocultación, destrucción) del documento. Con ello, como señala SILVA SÁNCHEZ, parece que, a diferencia de las funciones de garantía y probatoria, la función de perpetuación no vendría protegida a través de estos tipos. Y, aunque un sector minoritario de la doctrina entiende que la destrucción de todo o parte de un documento es una “alteración” del mismo¹¹⁵, la mayor parte de los autores «rechaza esta posibilidad, señalando que tal destrucción solo es subsumible, para los particulares, en el delito de daños patrimoniales y, para los funcionarios públicos, en el delito de infidelidad en la custodia de documentos»¹¹⁶.

Por lo que se refiere al contraste entre la creación de un documento inauténtico y la alteración de uno auténtico como modalidades básicas falsarias, hay acuerdo en entender que el legislador español, pese a la notoria simplificación que –comparada con la regulación precedente–, supuso, a este respecto, la aprobación del Código Penal vigente, no ha acertado a articular adecuadamente la caracterización de aquellas posibles alternativas de conducta típica, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el parágrafo 267 del StGB alemán, del que nos ocupábamos más arriba.

Serían, fundamentalmente, dos las razones que provocan esta insatisfactoria plasmación de la conducta típica. Por un lado, el hecho de tomar como punto de partida el delito especial de falsedad cometida en documento público por funcionario público o autoridad en el ejercicio de sus funciones, a cuyas alternativas de conducta se remite después tanto la actuación del particular, como la relativa a otros tipos de documentos, con la consiguiente mezcla de planos –o “antinomias” en la terminología de ROJAS, que evocábamos en el apartado precedente–, lo que dificulta una adecuada comprensión de la materia. Y, por otra parte, viene esta también lastrada por el peso que, en la discusión relativa al alcance de las distintas modalidades de conducta, sigue otorgándose a la tradicional distinción entre falsedades “materiales” e “ideológicas”.

Como recordara, hace más de un siglo, BINDING, ni el Derecho romano ni el germánico separaban “inautenticidad” e “inveracidad” del documento, arrancando del Código Penal francés de 1810 la separación entre “faux materiell” y “faux intellectuell”. Y añade a continuación que, sin embargo, en Alemania, ha penetrado en muy limitada medida la punibilidad de la denominada falsedad ideológica¹¹⁷. Y de manera análoga, CARRARA, el gran maestro de la ciencia penal italiana del siglo XIX, partiendo de que «una cosa es que un documento sea falso, y otra es que contenga falsedades», concluía que «como regla general la falsedad puramente ideológica no constituye el grave título de falsedad en documentos públicos»¹¹⁸. Y es que, como nos recuerda RAMACCI -

¹¹⁵ En este sentido, por todos, BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, pp. 87 s.

¹¹⁶ Véase SILVA SÁNCHEZ, «Las falsedades documentales», en EL MISMO, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., 2019, pp. 358 s. En el mismo sentido, como se indica en el texto, la doctrina mayoritaria. Véase, por todos, ECHANO BALDASÚA, en BAJO FERNÁNDEZ, (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, p. 790 y EL MISMO, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 295.

¹¹⁷ Véase BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. BT*, t. 2.1, 2ª ed. (1904), 1969, pp. 277 ss. Para las previsiones al respecto del Código penal napoleónico, véase solo CHAUVEAU/HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, 2ª ed., t. I, 1863, pp. 460 ss.; GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3ª ed., t. IV, 1922, pp. 158 ss., 161, quien, sin embargo, limita la punibilidad de la falsedad ideológica a la llevada a cabo por un funcionario público con obligación de constatar ese dato.

¹¹⁸ Véase CARRARA, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, v. VII, 4ª ed., 1982, pp. 283 ss. (los pasajes entrecomillados en el texto, en p. 283, parágrafo 3656 y p. 288, parágrafo 3660, respectivamente). Apenas es

monografista de la materia-, haciéndose eco de la doctrina absolutamente dominante, solo cabe tomar en consideración esta forma de falsedad cuando nos encontremos ante la violación de un deber de fidelidad necesariamente vinculado al ejercicio de una función pública o de un servicio público¹¹⁹.

Pues bien, es expresiva de la regulación ofrecida por nuestro Código Penal, la reiterada mezcolanza de delitos especiales y comunes, unida a la que se refiere a los concretos objetos materiales afectados por la conducta falsaria (en muchos casos, como vimos, con notables dificultades de delimitación recíproca), no obstante lo cual, se prevén para los distintos casos modalidades comisivas casi idénticas; no quedando claro, por otra parte, cuáles de estas se refieren a la creación de un documento falso o alteración de uno auténtico y cuándo aluden a meras inveracidades. Todo ello da lugar, como no podía ser menos, a dificultades interpretativas apenas superables. Baste recordar el intenso debate doctrinal (y, en su momento, jurisprudencial), en torno a la determinación de los respectivos ámbitos de aplicación de las modalidades previstas en los números 2º y 4º del apartado 1 del artículo 390 CP, de tanta trascendencia práctica dadas las referencias que, con carácter excluyente de la responsabilidad criminal, realiza el legislador, en alguna ocasión, al último de ellos, pero no al primero. La índole de esta contribución hace que tampoco podamos detenernos ahora en esta cuestión, suficientemente esclarecida por lo demás¹²⁰. No puede sorprender, a la vista de todo ello, que tanto la doctrina como la jurisprudencia entiendan necesario, cuando se trata de determinar las conductas típicas de falsedad documental, prescindir de aquella tradicional separación entre falsedad material y falsedad ideológica¹²¹.

Volviendo al contraste antes señalado entre falsedad propia e impropia –y dejando ahora a un lado si está o no justificado un tratamiento punitivo diferenciado¹²²–, una última consideración en relación a la conducta típica es la que se refiere a determinar en uno y otro caso el correspondiente momento consumativo; en particular, en lo que se refiere a la falsedad propia. Antes de nada, conviene recordar, a este respecto, la existencia de las dos perturbadoras “Disposiciones generales” previstas en los artículos 400 y 400 bis CP, extendiendo la primera de ellas la pena prevista para el autor de la conducta falsaria a formas de intervención que se

necesario recordar que la falsedad en documento privado la remite Carrara al ámbito de los ataques al patrimonio. Volveremos más adelante sobre este particular.

¹¹⁹ Véase RAMACCI, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, 1965, p. 205.

¹²⁰ Mencionemos solo, en lugar de otras muchas, las contribuciones -centradas especialmente en el contraste entre las decisiones judiciales relativas a los casos conocidos como “Filesa” y “Argentia Trust”- de BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, pp. 23 ss., 37 ss.; ECHANO BALSADÚA, «¿Falsedad ideológica de particular en escritura pública?», en AAVV, *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, pp. 253 ss.; JAREÑO LEAL, «Las falsedades ideológicas después del Código Penal de 1995: análisis de la jurisprudencia», en BOIX REIG, (dir.), *Estafas y falsedades (Análisis jurisprudencial)*, 2005, pp. 235 ss.; ORTEGA LORENTE, «Las falsedades ideológicas cometidas por particulares a través de negocios jurídicos simulados. Un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en BOIX REIG, (dir.), *Estafas y falsedades (Análisis jurisprudencial)*, 2005, pp. 201 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Caso Filesa», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, 2ª ed., 2011, pp. 555 ss. De la jurisprudencia más reciente, cabe citar, por la amplia información ofrecida de las distintas posiciones al respecto, las SSTs 149/2020, Penal, de 18 de mayo (ECLI:TS:2020:1080) y 507/2020, Penal, de 14 de octubre (ECLI:TS:2020:3191) –“caso Gürtel”-.

¹²¹ Véase, por todos, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997, p. 231; EL MISMO, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 344 ss. También así la reciente STS 507/2020, Penal, de 14 de octubre (ECLI:TS:2020:3191), antes citada (n. 120), que se hace eco de otras anteriores en el sentido de «que no cabe una separación absoluta a los efectos de los artículos 390.1 y 392, entre las llamadas falsedades “materiales” y las “ideológicas”, término este sorprendentemente equívoco».

¹²² Véase al respecto, por todos, TRAPERO BARREALES, «Artículo 393», en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, pp. 266 ss.

encuentran en fase preparatoria y ampliando, de manera hartamente discutible la segunda el concepto de “uso de documento”, hasta el extremo de aproximarlos, como acertadamente observa PEÑARANDA, al ámbito de las denominadas “falsedades personales”¹²⁵.

Ya BINDING destacaba la singular importancia que cobran en este delito los problemas relacionados con el *iter criminis*, precisamente por preverse esta alternativa entre falsificación y uso del documento falsificado en cuanto posibles conductas típicas¹²⁴. Apenas es necesario recordar que existe acuerdo en entender que la segunda de ellas entra en consideración solo si la lleva a cabo persona distinta del falsificador, pues si se tratara de este mismo, estaríamos ante un “acto posterior co-penado” (*mitbestrafte Nachtat*), de acuerdo con la terminología convencional del concurso aparente de normas penales¹²⁵. En cualquier caso, el problema central se suscita –desde la perspectiva que ahora nos ocupa– a la hora de determinar el momento consumativo de la conducta falsaria en sentido estricto. El mismo BINDING señalaba que para la consumación no cabe exigir el éxito del engaño (lo que correspondería al ámbito de la estafa), ni podemos conformarnos con el engaño intentado (lo que supondría anticipar demasiado la intervención del legislador), sino que hay que situar el momento consumativo «en el momento en que el documento falso está a disposición de quien va a ser engañado»¹²⁶. En esta misma dirección, entiende un amplio sector de la doctrina más reciente que la consumación del delito exige la entrada en el tráfico jurídico del documento falso¹²⁷.

Bastan de momento estas someras indicaciones sobre el sentido de la discusión existente. Volveremos de inmediato sobre la alternativa falsificación/uso, al abordar los importantes problemas concursales implicados. Antes, sin embargo, debemos hacer referencia, en esta sucinta caracterización de los aspectos político criminales que suscita la regulación de las falsedades documentales en nuestro Código penal, al problema del tipo subjetivo; más en concreto a la llamativa tipificación de una modalidad de falsedad documental imprudente en el artículo 391 CP.

¹²⁵ Para el alcance de estas «disposiciones generales» véase, por todos, el estudio crítico que ofrece PEÑARANDA RAMOS, en MOLINA FERNÁNDEZ, (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre*, 2017, pp. 1645-1648.

¹²⁴ Véase BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. BT*, t. 2.1, 2ª ed. (1904), 1969, pp. 247 ss., donde indica que carece de sentido dejar impune la tentativa de este delito, y dado que estamos ante un “delito de dos actos”, hay que situar el comienzo de ejecución en el «comienzo de la elaboración consciente de un documento falso con la intención de utilizarlo fraudulentamente» (p. 249).

¹²⁵ En este sentido, por todos, CÓRDOBA RODA, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. II, 2004, pp. 1838 s.; VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, p. 743.

¹²⁶ Véase BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. BT*, t. 2.1, 2ª ed. (1904), 1969, pp. 249 ss. (lo entrecomillado en el texto, en p. 252). Sobre las diferentes soluciones legales a este problema del momento consumativo de las falsedades cfr., por aquellos mismos años, el estudio de WEISMANN, en BIRKMEYER, *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil, Bd. V*, 1907, pp. 361 ss.

¹²⁷ Así, por todos, COCA VILA, en SILVA SÁNCHEZ, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general y especial*, 2019, p. 237, quien añade que «es precisamente en el instante en el que el autor pierde el control sobre el documento falsificado en el que se produce la lesión de los potenciales receptores a no ser desorientados por un documento inauténtico o inveraz». Véase, además, FRANCÉS LECUMBERRI, *El delito de falsedad documental societario y la contabilidad creativa*, 2017, p. 231, así como la amplia discusión del problema en VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 724 ss.

6.4. Modalidad imprudente

De nuevo obviamos aquí el análisis dogmático de este precepto¹²⁸ para centrarnos en los aspectos político legislativos. Apenas es necesario recordar, por otra parte, cómo la situación era distinta con el Código Penal precedente¹²⁹, donde ante la inexistencia de un sistema de *crimina culposa* en la incriminación de la imprudencia, la admisibilidad de la punición de las *falsedades imprudentes*, venía condicionada, fundamentalmente, por el alcance que se quisiera otorgar, por un lado, a la cláusula general de incriminación de la imprudencia del artículo 565 CP y, por otra parte, al art. 23 de la Ley del Notariado, que excluye expresamente de la imputación a título de falsedad documental imprudente a la eventualmente cometida por estos profesionales. En este contexto, mientras la jurisprudencia venía admitiendo sin problema la posibilidad de falsedades documentales imprudentes¹³⁰, la doctrina se encontraba muy dividida y así, frente a quienes, con carácter general, admitían esta forma de imputación subjetiva¹³¹, otros la rechazaban por completo, normalmente apoyándose en argumentos de carácter gramatical¹³², no faltando, finalmente, quienes adoptaban al respecto una posición intermedia¹³³.

Lo cierto es que, como han destacado diversos autores, la incorporación de una modalidad típica imprudente de falsedad en el Código Penal vigente, ni venía avalada por el derecho comparado, donde no encontramos normalmente previsiones análogas a la del art. 391 CP, ni vino precedida de un verdadero debate político criminal¹³⁴. Y aunque no faltan autores que avalan la decisión del legislador en este punto¹³⁵, existen poderosos argumentos en contra, además de los muy convincentes ofrecidos por ANTÓN ONECA en su ya citada contribución de referencia. Así, en una dirección próxima, insiste GARCÍA CANTIZANO –nos hacíamos eco de ello más arriba– en el papel central que cobra la intención de engañar en la estructura típica del delito de falsedad

¹²⁸ Véase, por todos, OLAIZOLA NOGALES, «Artículo 391», en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, pp. 211-229.

¹²⁹ Más información al respecto, por todos, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997, pp. 343 ss.; VARGAS CABRERA, «La culpabilidad en las falsedades documentales. La incriminación a título de imprudencia», en BENÉYTEZ MERINO *et al.*, *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, 1994, pp. 197 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 800 ss.

¹³⁰ Advierten, sin embargo, distintos autores, que en la mayor parte de las sentencias condenatorias por falsedad imprudente se trataba, sin embargo, de hechos inequívocamente dolosos. En este sentido, por todos, COBO DEL ROSAL, *CPC*, (56), 1995, p. 440.

¹³¹ Así, por ejemplo, QUINTANO RIPOLLÉS, *La falsedad documental*, 1952, pp. 158 ss.

¹³² Así, por ejemplo, en su contribución central al respecto, argumentaba ANTÓN ONECA, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. IV, 1948, p. 118, con el carácter implícito, en este delito, del dolo, «al desaparecer el cual quedan desprovistos de significado los demás elementos de la figura delictiva»; y recordaba que «*falsum* deriva de *fallere*, que significa engañar, seducir, hacer traición, disimular, ocultar, disfrazar, fingir, simular». Por su parte, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, t. III, 1978, pp. 868 ss., argumentaba, en contra de la admisibilidad de la falsedad documental imprudente, con la exigencia de “abuso de oficio”, lo que venía a ratificar la previsión de la Ley del Notariado evocada en el texto.

¹³³ Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., 1995, pp. 981 pp. (y, en particular, la n. 14), quien distingue en función de las modalidades comisivas previstas en el artículo 302 del anterior Código Penal.

¹³⁴ En este sentido, por todos, BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, pp. 47 ss.; TORÍO LÓPEZ, «Delitos de imprudencia. Cuestionario de la reforma», en IGLESIAS PRADA (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. IV. *Derecho civil y Derecho público*, 1996, pp. 5177 ss., 5201, quien muestra como «el curso del problema en los Proyectos es equívoco y revela la superficialidad con que es llevada adelante la reforma».

¹³⁵ Véase, por todos, OLAIZOLA NOGALES, en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, p. 214 (y allí, la n. 9).

documental¹³⁶. TORÍO LÓPEZ, por su parte, además de apelar a «la ingente cifra oscura, no dominable con los medios del Derecho penal», añade que «una vez detectada la falsedad no dolosa, su corrección en términos de buena fe posibilita soluciones adecuadas»; y concluye nuestro maestro su argumentación en contra de esta incriminación imprudente de la falsedad documental indicando que «la dolosa utilización de un documento formado imprudentemente puede ser controlada con los tipos relativos al uso de documentos falsos»¹³⁷. En sentido próximo apunta, finalmente VARGAS CABRERA al derecho disciplinario y a «los correspondientes mecanismos procesales de impugnación», como alternativa eficaz a la incriminación de modalidades imprudentes de falsedad documental¹³⁸.

6.5. Aspectos concursales

Una última cuestión a tratar, en este sucinto repaso por los aspectos político criminales que ofrece la vigente regulación de las falsedades documentales, es la relativa a los *problemas concursales* implicados. Bien entendido que, de nuevo, no podemos entrar a considerar estos en detalle, sino solo a mostrar algunas dificultades –podríamos decir, estructurales–, que surgen de la relación entre falsedad documental y otros delitos¹³⁹.

La primera de estas dificultades tiene que ver con la cuantificación de falsedades documentales llevadas a cabo en unidad de contexto; esto es, la separación entre un solo delito de falsedad documental o una pluralidad de ellos (tantos como documentos concretos afectados)¹⁴⁰. Cabría hablar, parafraseando a Max Ernst MAYER, del “arte de contar” los delitos de falsedad documental¹⁴¹. Pues bien, también aquí se viene admitiendo, tanto en la doctrina¹⁴², como –de manera más reticente en un primer momento–, en la jurisprudencia¹⁴³, la posible existencia de lo que venimos denominando desde hace años¹⁴⁴ “unidades típicas en sentido amplio”, en las que la sucesiva realización del mismo tipo no multiplica el número de delitos, siempre que pueda hablarse de una simple intensificación (en términos cuantitativos) del contenido de injusto del hecho, persistente una misma situación de motivación o culpabilidad unitaria. Como es notorio, cabría distinguir aquí dos grupos de casos, en función de la mayor o menor contextualidad de las acciones singulares: los que se conocen –convencional e impropriamente– como “unidad natural de acción” (el torrente de expresiones injuriosas no constituye sino un solo delito de injurias) y el delito continuado, en la única forma en que este es, a nuestro entender, admisible: como modalidad extrema de la denominada “unidad típica en sentido amplio”. Pues bien, también en

¹³⁶ Véase GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997, pp. 360 ss.

¹³⁷ Véase TORÍO LÓPEZ, en IGLESIAS PRADA (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. IV. *Derecho civil y Derecho público*, 1996, p. 5201.

¹³⁸ Véase VARGAS CABRERA, en BENÉYTEZ MERINO et al., *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, 1994, p. 263.

¹³⁹ Para una caracterización más específica de la relación entre falsedad documental y otros delitos, véase solo GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997, pp. 151 ss.

¹⁴⁰ Un análisis muy completo de este problema nos ofrece, en la doctrina alemana, PUPPE, «§267», *NK*, 2003, nm. 105 ss.

¹⁴¹ Véase MAYER, M. E. *Derecho Penal. Parte General*, 2007, p. 194: «el arte de contar los delitos es difícil, mientras no haya claridad acerca de lo que realmente se deba contar».

¹⁴² Véase, por todos, CÓRDOBA RODA, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. II, 2004, p. 1824.

¹⁴³ Véase, entre las sentencias más recientes, STS 695/2020, Penal, de 19 de mayo (ECLI:TS:2020:4215); STS 507/2020, Penal, de 14 de octubre (ECLI:TS:2020:3191); 120/2021, Penal, de 11 de febrero (ECLI:TS:2021:353).

¹⁴⁴ Ya así en SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, pp. 128 ss.

el ámbito de las falsedades documentales es posible acudir a estas dos categorías (unidad natural de acción y delito continuado), concluyendo la existencia, pese a la pluralidad de actos falsarios concretos, de un solo delito de falsedad documental, y ello, aunque no estemos ante supuestos de documentos “compuestos” en sentido estricto¹⁴⁵.

Pero el supuesto que mayor atención suscita es el que se refiere a la relación entre falsedad documental y los delitos llevados a cabo sirviéndose del documento falsificado (de ordinario, defraudaciones de carácter patrimonial), dado el carácter normalmente instrumental que tiene el delito de falsedad documental, tal y como venimos insistiendo. Se plantean en este contexto problemas de diversa índole, a los que aquí solo podemos apuntar sucintamente. La primera decisión, obviamente, es la de determinar si ante la formal realización de varios tipos penales, estamos ante un concurso aparente de normas penales o ante un concurso de delitos. Apenas es necesario recordar que el criterio decisivo es el de atender a si la aplicación de los distintos preceptos que vienen en consideración supone o no un *bis in idem* en sentido material¹⁴⁶. Y resulta también sobradamente conocido cómo la jurisprudencia suele distinguir, en el caso paradigmático de falsedad documental instrumentalizada a la comisión de una estafa, según aquella se proyecte sobre un documento público, oficial o mercantil o, por el contrario, sobre un documento privado: mientras que, en este último caso, se aprecia un concurso aparente de normas, en el primero se inclina por entender presente un concurso de delitos.

Dejando ahora a un lado los argumentos aducidos para llegar a esta conclusión, cabe, no obstante, efectuar alguna puntualización. En primer lugar, y dado que la consideración del supuesto como un concurso de normas o de delitos tiene significativa trascendencia práctica, no debemos olvidar que la falsificación de una clase de documentos privados, los “mercantiles” no solo comporta un (discutible) tratamiento penal más severo, lo que en sí mismo resulta discutible -máxime si tenemos en cuenta, como veíamos más arriba, el amplísimo alcance que a esa categoría de documento mercantil asigna el Tribunal Supremo-, sino que además la utilización de ese documento como medio engañoso en una estafa va a redundar en la -también más severa- consideración de la conexión como un concurso de delitos y no como un caso de concurso aparente de normas penales.

Por otra parte, en aquellos casos en los que se aprecia un concurso de leyes en la relación falsedad-estafa, en lugar de entender, como parece razonable, que el tipo penal-fin (la defraudación patrimonial) absorbe o consume al tipo penal-medio o instrumento, en cuanto “hecho previo co-penado”, la jurisprudencia acude aquí normalmente al denominado principio de alternatividad (art. 8. 4º CP), tomando, por tanto, en consideración el precepto que comporte, en concreto, la sanción más grave. Sucede así -aunque no solo en este contexto- que una regla (la del mencionado art. 8. 4º CP), que debería tener aplicación subsidiaria y excepcional, pasa a constituir la respuesta convencional para cualquier hipótesis de concurrencia simplemente aparente de leyes penales, dejando solo fuera los casos de especialidad en sentido lógico-formal¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Para los documentos “compuestos”, “dependientes” y “complejos”, véase, por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 134 ss.

¹⁴⁶ Remitimos a la monografía central de GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, 1995.

¹⁴⁷ En relación al denominado principio de alternatividad y el sentido que, en tal contexto, adquiere la regla del apartado 4º del art. 8 CP, permítasenos remitir a SANZ MORÁN, «Alternatividad de leyes penales», en AAVV, *Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, 1989, pp. 663 ss.

Finalmente, en aquellos otros supuestos en los que se entiende presente un concurso efectivo de delitos, la jurisprudencia oscila entre su consideración como concurso real o, con mayor frecuencia, como concurso medial o instrumental, supuesto que estaba tradicionalmente equiparado, desde el punto de vista sancionador, al concurso ideal de delitos, pese a tratarse de un caso indudable de concurso real. No obstante, planteé hace ya tiempo la posibilidad de considerar en estas hipótesis la existencia de una unidad de acción, por coincidencia parcial entre los procesos ejecutivos que están en la base de los tipos concurrentes y, por ende, un concurso ideal de delitos en sentido estricto¹⁴⁸. Se posibilitaba así el tratamiento más benigno del concurso ideal a hipótesis que cabría entender, en otro caso, como de concurso real o material. La cuestión, como es notorio, ha experimentado un vuelco con la muy cuestionable reforma del art. 77 CP en la reforma del año 2015, en la que, pese a que parece que la intención del legislador era otra, la conexión medial entre delitos, o “concurso instrumental” recibe ahora un tratamiento más benigno que el del concurso ideal en sentido estricto. Obviamente, tampoco podemos detenernos aquí en esta cuestión¹⁴⁹.

7. Propuestas de *lege ferenda*

A la vista de los problemas que ofrece la regulación vigente, de los que acabamos de ofrecer sucinta consideración, llega el momento de plantear alternativas, bien entendido que, en lo que sigue, no se trata tanto de ofrecer una detallada propuesta regulativa –parafraseando la cita de CARRARA al inicio de esta contribución, sería descabellado considerarme el Edipo que resuelva los enigmas que pueblan esta materia-, cuanto de reflexionar sobre aquellos datos mínimos que debieran ser objeto de discusión en orden a desarrollar tal propuesta.

Comenzando por los de índole *sistemática*, puede darse por buena la seguida por el Código Penal vigente, ubicando las falsedades documentales, junto a la falsificación de moneda, en un mismo título (el XVIII del Libro II), bajo la rúbrica común, “de las falsedades”, conservando así la relación que desde siempre (lo vimos en el apartado 2) ha vinculado a estos dos delitos. Mucho más discutible resulta, por el contrario, la pervivencia en este Título de delitos como los previstos en sus capítulos IV y V (las denominadas “falsedades personales”), dato este en el que insiste de manera constante la doctrina. La usurpación de estado civil debería, más bien, regularse junto a otros delitos contra el estado civil, como los previstos en el título XII (“Delitos contra las relaciones familiares”¹⁵⁰) y la usurpación de funciones públicas encontraría mejor acomodo entre los delitos contra la Administración Pública (título XIX). Finalmente, tampoco el intrusismo, aunque de más difícil encaje sistemático, tiene demasiado que ver con la falsificación de moneda o de documentos.

Mayor detenimiento exige, sin embargo, la consideración de si resulta aconsejable aproximar, en cuanto a su ubicación sistemática, las falsedades documentales a otro de los delitos con los que ha aparecido estrechamente vinculado a lo largo de la historia: el falso testimonio, tal y como

¹⁴⁸ Véase SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, p. 154. Me sigue en este punto GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, 1997, pp. 166 s. Cfr. también, de esta misma autora, «La relación concursal entre los delitos de estafa y falsedad documental (nuevas soluciones a un viejo problema)», en MUÑOZ CONDE (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Falsedad y defraudación*, 1995, pp. 259 ss.

¹⁴⁹ Permítasenos remitir a SANZ MORÁN, «Sobre el “arte de contar los delitos”. Últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales», *Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid*, 2019, pp. 17 s., con ulteriores referencias.

¹⁵⁰ Recuérdese cómo a lo largo de los siglos se consideró como una modalidad de “crimen falsi” la suposición de parto, recogida hoy entre estos delitos contra las relaciones familiares

vimos más arriba. Y así, un tratadista tan significativo como GARRAUD, tras recordar la existencia de una correlación necesaria entre el sistema de pruebas y el sistema de las falsedades¹⁵¹, se centra más adelante en la proximidad existente entre la falsedad ideológica del fedatario público y lo que sucede en el caso del falso testimonio¹⁵². Y otro autor tan relevante como CARNELUTTI incluye al falso testimonio entre las modalidades falsarias¹⁵³. O, en fin, ya vimos cómo, en nuestra doctrina penal, RODRÍGUEZ DEVESA llega a proponer llevar las falsedades a un grupo de delitos contra los medios de prueba¹⁵⁴.

Sin embargo, hace ya más de medio siglo que nuestro maestro, el profesor TORÍO, pese a reconocer las analogías existentes entre los dos delitos, destacó con precisión el rasgo diferencial decisivo en el falso testimonio, cuál es su incardinación en el contexto de un proceso, de modo que «la inexistencia previa de un proceso funda la imposibilidad de comisión del delito»¹⁵⁵. Y en fecha más reciente ha sido de nuevo ROJAS quien ha mostrado, de manera particularmente clara y matizada, las diferencias estructurales entre documento y testimonio, en cuanto mecanismos probatorios¹⁵⁶, de donde podemos concluir la necesidad de mantener el actual tratamiento sistemático separado de la falsedad documental y el falso testimonio. Ciertamente, la cuestión no puede zanjarse sin ulteriores matices. Así, como veremos inmediatamente, al abordar el objeto de prohibición en la falsedad documental, existe cada vez mayor acuerdo en destacar la existencia de dos supuestos bien diferenciados: la creación de un documento inauténtico y la inveracidad del fedatario público en la documentación de un hecho, supuesto este último que guarda, sin duda, mayor relación con el falso testimonio que lo que sucede en el primer caso, como ya observara GARRAUD¹⁵⁷. Y, desde otro punto de vista, también se aproxima en mayor medida al objeto de prohibición del delito de falso testimonio, la falsedad de los documentos denominados “testimoniales”, que la de aquellos de carácter “dispositivo”¹⁵⁸. En cualquier caso, la relevancia jurídica “extraprocesal” del documento aleja su falsedad del ámbito de los delitos “contra la Administración de Justicia”, entre los que encaja, sin embargo, de manera natural el delito de falso testimonio.

Una vez precisado su lugar sistemático idóneo, pasamos a considerar el *contenido* del grupo normativo, de nuevo solo en sus líneas esenciales. Ya en los apartados 5 y 6 de esta contribución hemos tratado de poner de manifiesto los problemas que ofrece el actual modelo regulador, que debería ser objeto de amplia remodelación. Y el punto de partida no puede ser otro que la correcta delimitación del objeto de prohibición, para lo cual nos parece especialmente fructífera la distinción, a la que venimos refiriéndonos reiteradamente, entre dos tipos de deberes que vienen aquí en consideración. En palabras de COCA VILA, tendríamos, por un lado, «un deber negativo (*neminem laedere*) de no alterar materialmente documentos auténticos o elaborar documentos

¹⁵¹ Véase GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3ª ed., t. IV, 1922, p. 106.

¹⁵² Véase GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3ª ed., t. IV, 1922, pp. 161 ss.

¹⁵³ Véase CARNELUTTI, *Teoria del falso*, 1935, pp. 110 ss.

¹⁵⁴ Cfr. las referencias en la n. 41.

¹⁵⁵ Véase TORÍO LÓPEZ, «Introducción al testimonio falso», *Revista de Derecho Procesal*, 1965, pp. 37 ss. (en particular, pp. 40 ss.: lo entrecomillado en el texto, en p. 41). En sentido análogo, más recientemente, BERNAL VALLS, *El falso testimonio*, 1992, pp. 24 ss., recordando el dato diferencial decisivo de que el falso testimonio tiene siempre como único destinatario al juez.

¹⁵⁶ Véase ROJAS AGUIRRE, especialmente en *Revista Chilena de Derecho*, (41-2), 2014, pp. 526 ss. (y, en particular, el esclarecedor cuadro-resumen recogido en las pp. 529 s.).

¹⁵⁷ Cfr. la referencia de la n. 152.

¹⁵⁸ Para la diversa relevancia probatoria de estas dos clases de documentos véase, por todos, ABEL LLUCH, en ABEL LLUCH/PICÓ I JUNOY (dirs.), *La prueba documental*, 2010, pp. 149 ss.

inauténticos»; es decir, de no alterar la autenticidad del documento, deber que concierne a cualquier ciudadano¹⁵⁹. Por otra parte, «ciertos sujetos, en particular autoridades y funcionarios públicos, además de estar obligados en el sentido negativo descrito, lo están asimismo (...) de forma positiva»: están «obligados por un deber de veracidad»; esto es, «están jurídicamente obligados a documentar verazmente»¹⁶⁰.

La regulación debería, por tanto, arrancar de un delito (común) consistente en la creación de un documento inauténtico y solo de manera complementaria se penaría el quebrantamiento del deber de veracidad del fedatario público, tipo que podría –como sucede en el derecho alemán– llevarse incluso a un ámbito sistemático diverso: el de los delitos contra la Administración Pública. Y, de modo análogo a lo que establece también el Código Penal alemán (parágrafo 271), cabría pensar en la previsión específica de un delito (común) de documentación inveraz mediata; esto es, que captara la conducta de quien provoca esa falta de verdad en lo consignado por el fedatario público¹⁶¹. Proponemos, en definitiva, como punto de partida, un contenido regulativo que, dejando a un lado nuestra historia legislativa, se aproxime en mayor medida al seguido por el ordenamiento jurídico alemán. En su concreción ulterior, cabe, no obstante, plantear importantes puntos de separación también frente a este último.

En primer lugar, por lo que se refiere a las *modalidades comisivas* del tipo común antes indicado, hay que recordar que, frente al problemático casuismo de nuestro vigente Código Penal, en la estela del modelo francés originario, el parágrafo 267 StGB habla solo de la creación de un documento inauténtico, la falsificación de uno auténtico o el uso de uno u otro. La reflexión política legislativa debe orientarse, a este respecto, en una doble dirección. Por una parte, en lo que se refiere a las dos primeras variantes, cabe discutir si abarcan todos los supuestos imaginables de acción falsaria y, en este sentido, autores como PUPPE piensan que bastaría con la primera de ellas, puesto que quien falsifica un documento auténtico está creando uno inauténtico¹⁶², mientras que, en un sentido opuesto, se discute en la doctrina penal española, como vimos más arriba, si además de las dos conductas indicadas hay que incluir una referencia a la conducta de ocultación/supresión del documento, conductas que, sin embargo, entendía GARRAUD comprendidas en la de “alteración”¹⁶³. Y también debe ser objeto de reflexión si el “uso” del documento falso se prevé, en la línea de la regulación alemana, como una modalidad de conducta equiparada a las anteriores o se mantiene como un delito autónomo, criterio este defendido, por ejemplo, por ROJAS, por entender que comporta un mayor nivel de diferenciación, a la vez que destaca el contraste peligro/lesión, correlativo al existente entre las modalidades falsarias y las de uso del documento falso¹⁶⁴.

¹⁵⁹ En palabras de JAKOBS, *Falsedad documental. Revisión de un delito de engaño*, 2011, p. 199, la prohibición de la falsedad documental rezaría así: «lo que en caso de autenticidad genera un efecto jurídico no puede presentarse de forma inauténtica».

¹⁶⁰ Cfr. las referencias en la n. 83, donde nos hacíamos eco también de la posición, en sentido análogo, de Silva Sánchez. Cfr. además, entre otros autores, BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, especialmente, pp. 102 ss.; ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, pp. 129 ss., 155 ss. En mayor o menor medida reconocen estos distintos autores su deuda, a este respecto, con el planteamiento de Jakobs. Véase solo JAKOBS, *Falsedad documental. Revisión de un delito de engaño*, 2011, pp. 23, 31 ss., 44, 107 ss.

¹⁶¹ A favor de incorporar un tipo penal como el indicado en el texto, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, 2007, pp. 102 ss.; SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO, (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., 2019, pp. 275 ss.

¹⁶² Véase PUPPE, «§267», NK, 2003, nm. 81.

¹⁶³ Véase GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3ª ed., t. IV, 1922, pp. 161 ss.

¹⁶⁴ Véase ROJAS AGUIRRE, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, 2017, pp. 159 ss., 177 s.

Y paralela reducción drástica del actual casuismo debe llevarse a cabo también en relación al *objeto material* de la falsificación, donde la regulación dispar de la falsedad según se cometa en documento público u oficial¹⁶⁵, certificado, documento nacional de identidad, etc., carece, como vimos, de toda justificación. Dando por descontado que la documentación inveraz de un hecho por un fedatario solo puede recaer sobre documentos públicos, la discusión se centra entonces en si en el tipo común de creación (o alteración) de un documento inauténtico se opta por el criterio del Código Penal alemán, que no distingue según se trate de documentos públicos o privados o, por el contrario, se mantiene un diferente tratamiento punitivo para la falsificación de unos u otros, como es tradicional en nuestra regulación. El dato determinante para optar por uno u otro criterio debe serlo la respectiva eficacia jurídica, especialmente desde el punto de vista probatorio y, de acuerdo con este criterio, parece razonable mantener una respuesta penal más tenue para la falsedad en documento privado, de acuerdo con la menor relevancia probatoria de la que nos ocupábamos anteriormente (apartado 6.2): necesidad de reconocimiento en caso de impugnación y falta de relevancia *erga omnes*. El debate se debería centrar aquí, sobre todo, en dos cuestiones. Por un lado, si está o no justificado separar una clase –por lo demás, poco precisa- de documentos privados, los denominados “mercantiles”, y equiparar su falsedad a la de los públicos, lo que ya vimos que parece cuestionable. Como también parece discutible –lo veíamos anteriormente (apartado 6.2)- la decisión del legislador, en el año 2010, de traer al ámbito de las falsedades documentales las referidas a tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje. Y habría que reflexionar, por otra parte, sobre si, en la línea de la conocida propuesta de CARRARA¹⁶⁶, cabría limitar la protección jurídico penal a la creación/alteración de un documento *público* inauténtico, dejando fuera a los documentos privados, por entender su falsificación como conducta incardinada necesariamente en el *iter criminis* de un delito patrimonial, del cual constituiría a lo sumo una modalidad agravada o cualificada. Y que el planteamiento de esta alternativa no es, en absoluto, ociosa lo pone de manifiesto la existencia de modalidades falsarias autónomas -incluso de documentos calificables de mercantiles- en el contexto de los delitos societarios o de los relativos a la propiedad industrial.

De manera complementaria, hay que extender la reflexión político-legislativa a otros preceptos problemáticos de la vigente regulación a los que ya nos hemos referido críticamente con anterioridad, como la previsión de una modalidad imprudente de falsedad documental (art. 391 CP), o las “disposiciones generales” recogidas en el capítulo III del este Título XVIII: la primera de ellas (art. 400 CP) supone una excesiva anticipación de la intervención penal que quizás encuentre justificación en relación a la falsificación de moneda, pero resulta mucho más discutible referida a las falsedades documentales; y la segunda (art. 400) amplía, de manera también excesiva el concepto de uso del documento falso.

¹⁶⁵ Ya con anterioridad a la aprobación del Código Penal vigente señalaba rotundamente MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, en MUÑOZ CONDE, (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Falsedad y defraudación*, 1995, p. 120, que la dualidad documento público/documento oficial, «no ha producido sino confusión y no ha originado beneficio alguno».

¹⁶⁶ Recuérdese cómo CARRARA, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, v. IV, 4ª ed., 1982, párrafos 2363 ss. (pp. 445 ss.), separa completamente la falsedad en documento público y la falsedad en documento privado, criticando el intento «de restringir la teoría de la falsedad documental a ciertas reglas generales, comunes a esas dos clases de falsedad», desfigurando su respectiva naturaleza jurídica (párrafo 2364). Pues mientras la “falsedad pública” es un delito contra la fe pública, la “falsedad privada” es un delito contra la propiedad; y «más bien una calificante de otros delitos que un delito autónomo» (párrafo 2366). Diferencia que se proyecta además en otros datos: por ejemplo, mientras que con solo fabricar o alterar un documento público se consuma el delito, las mismas conductas referidas a un documento privado solo tendrían carácter de acto preparatorio (párrafo 2372).

Insisto en que lo anterior no debe, en absoluto, tomarse como una concreta propuesta *de lege ferenda*, sino que solo pretende mostrar, a modo de guion, qué derroteros debe seguir la reflexión orientada a la necesaria revisión legislativa de este importante grupo de delitos. Cuando tantas reformas del Código Penal se abordan –apenas es necesario recordarlo– desde parámetros muy alejados de lo que debería ser una auténtica “ciencia de legislación”, como la pretendida por el ideal ilustrado, que al menos en relación a esta zona nuclear del Código Penal no se obvie el oportuno debate científico. Lo expuesto constituye mi modesta contribución al mismo.

8. Bibliografía

ABEL LLUCH, Xavier, «La prueba documental», en ABEL LLUCH, Xavier/PICÓ I JUNOY, Joan (Dirs.), *La prueba documental*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 15 ss.

ALEJANDRE, Juan Antonio, «Estudio histórico del delito de falsedad documental», *Anuario de historia del Derecho español*, 1972, pp. 117 ss.

ANTÓN ONECA, José, «Las formas de la culpabilidad en las falsedades documentales», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1948, pp. 91 ss.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

————— *Estudios sobre la parte especial del derecho penal español*, Akal, Madrid, 1991.

BENÉYTEZ MERINO, Luis, «Bien jurídico protegido. Concepto de documento. El documento público. Las conductas falsarias del artículo 302 del CP», en BENÉYTEZ MERINO *et al*, *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Comares, Granada, 1994, pp. 37 ss.

BERNAL VALLS, Jesús, *El falso testimonio*, Tecnos, Madrid, 1992.

BINDING, Karl, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 2.1* (reimpresión de la 2ª ed. 1904), Scientia Verlag, Aalen, 1969.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Estudio del bien jurídico protegido en las falsedades documentales*, Comares, Granada, 2000.

CALLE RODRÍGUEZ, María Victoria, *Falsedades documentales no punibles*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998.

CARNELUTTI, Francesco, *Teoria del falso*, CEDAM, Padova, 1935.

CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte especial*, (trad. J. Ortega y J. Guerrero, reimpresión de la 4ª ed.), Temis, Bogotá, 1982.

CASAS BARQUERO, Enrique, *El delito de falsedad en documento privado*, Bosch, Barcelona, 1984.

CHAUVEAU, Adolphe/HÉLIE, Faustin, *Théorie du Code Pénal*, 2ª ed., t. I, Bruylant, Bruxelles, 1863.

COBO DEL ROSAL, Manuel, «Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad», *Cuadernos de política criminal*, (56), 1995, pp. 429 ss.

COCA VILA, Ivó, «Las falsedades documentales», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte general y especial*, Atelier, Barcelona, 2019.

CÓRDOBA RODA, Juan, «Título XVIII. De las falsedades», en CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1741 ss.

————— *Comentarios al Código Penal*, t. III, Ariel, Barcelona, 1978.

COVARRUBIAS Y LEYVA, Diego, *Suma de delictis et eorum poenis* (1540) (ed. a cargo de García Sánchez/García Fueyo), Universidad de Oviedo, 2018.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, «Introducción», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 153 ss.

————— «Falsificación de documentos», en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, pp. 721 ss.

D'ORS, Álvaro, «Contribuciones a la historia del “crimen falsi”», en AAVV, *Studi in onore di Edoardo Volterra*, v. 2, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 527 ss.

ECHANO BALDASÚA, Juan Ignacio, «Capítulo XXII: Falsedades», en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, Madrid (CEURA) 1998.

————— «Falsedades documentales», en ASÚA BATARRITA, Adela (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, IVAP, Bilbao, 1997, pp. 289 ss.

————— «¿Falsedad ideológica de particular en escritura pública?», en AAVV, *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 253 ss.

ECHANO BASALDÚA, Juan Ignacio/GIL NOBAJAS, María Soledad, «Falsificación de medios de pago distintos del efectivo: adecuación a la normativa europea y estudio comparado», *Revista de Derecho y proceso penal*, (34), 2014, pp. 59 ss.

FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, «Artículo 399 bis», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 485 ss.

————— «Artículo 26», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. III, EDERSA, Madrid, 2000, pp. 93 ss.

————— *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

FIDALGO GALLARDO, Carlos, «Prueba documental», en GONZÁLEZ CANO, María Isabel (dir.), *La prueba, t.I: La prueba en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 266 ss.

FILANGIERI, Gaetano, *Ciencia de la legislación*, 3ª ed., (trad. J. Rubio), t. VII, Imprenta de Núñez, Madrid, 1822.

FRAILE COLOMA, Carlos, «Artículos 390 a 400 bis», en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal*, t. V, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 71 ss.

FRANCÉS LECUMBERRI, Paz, *El delito de falsedad documental societario y la contabilidad creativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GALLIANI, Tulio, *La falsità in scrittura privata*, Eugenio Jovene, Napoli, 1970.

GARCÍA ALBERO, Ramón, «Non bis in ídem» material y concurso de leyes penales, Cedecs, Barcelona, 1995.

GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

——— «La relación concursal entre los delitos de estafa y falsedad documental (nuevas soluciones a un viejo problema», en MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Falsedad y defraudación*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 233 ss.

——— *Falsedades documentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

GARRAUD, René, *Traité théorique et pratique de Droit pénal français*, 3ª ed., t. IV, Sirey, Paris, 1922.

HAEFLIGER, Arthur, *Der Begriff der Urkunde im schweizerischen Strafrechts (art. 110 StGB)*, Verlag für Recht und Gesellschaft, Basel, 1952.

HEINE, Günter/SCHUSTER, Frank, «§267» en SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Friedrich-Christian, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., Beck, München 2019.

HERRERO OVIEDO, Margarita, *Del documento público al título inscribible*, Iustel, Madrid, 2006.

JAKOBS, Günther, *Falsedad documental. Revisión de un delito de engaño*, (trad. de López Barja de Quiroga y Rey Sanfiz), Marcial Pons, Madrid, 2011.

JAREÑO LEAL, Ángeles, «Las falsedades ideológicas después del Código Penal de 1995: análisis de la jurisprudencia», en BOIX REIG, Javier (dir.), *Estafas y falsedades (Análisis jurisprudencial)*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 235 ss.

KIENAPFEL, Diethelm, *Urkunde und andere Gewärschaftsträgern. Dogmatik, Kriminalpolitik und Reform*, V. Klostermann, Frankfurt, 1979.

KRELL, Paul, «Zur Beweisfunktion der Urkunde», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2019, pp. 325 ss.

LUZÓN CUESTA, José María, «Las falsedades en documentos mercantiles, de identidad y certificados», en AAVV, *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Comares, Granada, 1994, pp. 121 ss.

MALINVERNI, Alessandro, *Teoría del falso documentale*, Giuffré, Milano, 1958.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, «La falsedad documental en el ámbito de la función pública», en MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Falsedad y defraudación*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 97 ss.

————— «Las falsedades en documentos oficiales», en AAVV, *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Comares, Granada, 1994, pp. 77 ss.

MAURACH, Reinhart/SCHRODER, Friedrich-Christian/MAIWALD, Manfred, *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 2*, 8ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1999.

MIR PUIG, Carlos, «Sobre algunas cuestiones relevantes del Derecho Penal en internet», en LÓPEZ ORTEGA, Juan José (dir.), *Internet y Derecho Penal. Cuadernos de Derecho Judicial 2001 (X)*, CGPJ Madrid, 2002, pp. 281 ss.

MOMSEM, Theodor, *El Derecho Penal Romano* (trad. Dorado), Jiménez Gil editor, Pamplona, 1999.

NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *La estafa de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

OLAIZOLA NOGALES, Inés, «Artículo 392», en Cobo del Rosal, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 231 ss.

ORTEGA LORENTE, José Manuel, «Las falsedades ideológicas cometidas por particulares a través de negocios jurídicos simulados. Un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en BOIX REIG, Javier (dir.), *Estafas y falsedades (Análisis jurisprudencial)*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 201 ss.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, «Falsedades», en MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (coord.), *Memento Práctico Francis Lefebvre*, Madrid, 2017, pp. 1645 ss.

PICÓ I JUNOY, Joan, «Artículos 317 a 334», en LORCA NAVARRETE, Antonio María (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, Lex nova, Valladolid, 2000, pp. 1845 ss.

PRADILLA BARNUEVO, Francisco, *Suma de las leyes penales* (1639), Lex nova, Valladolid, 1996.

PUPPE, Ingeborg, «§267» en NEUMANN, Ulfrid/PUPPE, Ingeborg/SCHILD, Wolfgang, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, Nomos, Baden Baden, 2003.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *La falsedad documental*, Reus, Madrid, 1952.

QUINTERO OLIVARES, Gonzálo, «Las falsedades documentales y la evolución del derecho positivo español», en MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial: Falsedad y defraudación*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 73 ss.

RAMACCI, Fabrizio, *La falsità ideologica nel sistema del falso documentale*, Napoli, 1965.

RODRIGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «El documento mercantil como objeto de protección del delito de falsedad», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (3), 1998, pp. 1 ss.

ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio, *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

————— «Falsedad documental como delito de engaño», *Revista Chilena de Derecho*, (41-2), 2014, pp. 523 ss.

————— «Historia dogmática de la falsedad documental», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (39), 2012, pp. 545 ss.

SAMSON, Erich, *Urkunde und Beweiszeichen. Die verkörperte Gedankenerklärung als Merkmal des strafrechtlichen Urkundenbegriffe*, Nomos, Baden Baden, 1968.

SANZ MORÁN, Ángel José, «Sobre el “arte de contar los delitos”. Últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales», *Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid*, 2019.

————— «Alternatividad de leyes penales», en AAVV, *Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 663 ss.

————— *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, 1986.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Las falsedades documentales», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2019, pp. 351 ss.

————— “Caso Filesa”, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2ª ed., 2011, pp. 555 ss.

————— «La protección penal de la función notarial. Situación actual y perspectivas de futuro», en FUENTES MARTÍNEZ, Jesús Julián, *Delitos económicos. La función notarial y el Derecho Penal*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 260 ss.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Delitos de imprudencia. Cuestionario de la reforma», en IGLESIAS PRADA, Juan Luis, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. IV. *Derecho civil y Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5177 ss.

————— «Introducción al testimonio falso», *Revista de Derecho Procesal*, 1965, pp. 37 ss.

TRAPERO BARREALES, María Anunciación, «Artículo 393», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª época, t. XII, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 263 ss.

TRÖNDLE, Herbert, «§267» en *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, Bd. 6, 10ª ed., Berlin, 1988.

VARGAS CABRERA, Bartolomé, «La culpabilidad en las falsedades documentales. La incriminación a título de imprudencia», en AAVV, *Las falsedades documentales. Libro Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Comares, Granada, 1994, pp. 197 ss.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, Cedecs, Barcelona, 1999.

WEISMANN, Jakob, «Urkundenfälschung», en BIRKMAYER, Karl von, *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil*, Bd. V, Berlin, 1907, pp. 243 ss.

La libertad condicional. ¿Está en Europa la solución?

En recuerdo de mi amigo Xavier Nogués, tenaz defensor de la igualdad de las personas con discapacidad, que falleció mientras yo escribía este artículo

Sumario

La libertad condicional resulta avalada por la legislación europea como una institución con potencialidad para reducir la duración del encarcelamiento, favorecer la rehabilitación de los condenados y ayudar a su reinserción. Aun cuando la investigación criminológica no es aún concluyente, algunas experiencias en el marco de la libertad condicional se han demostrado efectivas en la rehabilitación y la reinserción. Sin embargo, el uso que se hace en España de esta institución es tradicionalmente reducido, y ello se ha agravado con la reciente reforma producida por la LO 1/2015. Ante esta realidad el trabajo revisa el panorama penológico europeo, mostrando que los países que tienen un modelo automático de libertad condicional realizan un uso mayor de esta institución. Una vez analizado el debate entre el modelo automático y el discrecional, se realiza una propuesta de reforma legislativa de nuestro sistema de libertad condicional, que busca conciliar las bondades de ambos sistemas.

Abstract

Conditional release has been backed by European legislation as one penal institution able to reduce the use of prison, favour rehabilitation, and promote resettlement. Although criminological literature is not conclusive, there are several experiences in the framework of conditional release that have brought positive results in the rehabilitation and resettlement of former prisoners. However, in Spain, only a minority of sentenced prisoners are released on conditional release, being this trend aggravated with the recent criminal reform act of 2015. The work focuses on penological practices in Europe and shows that jurisdictions with mandatory systems of conditional release make a bigger use of this institution. After the analysis of the pros and cons of discretionary and mandatory systems of conditional release, the paper presents a reform proposal for the Spanish system of conditional release based on an integration of both models.

Title: Conditional release. Has Europe the solution?

Palabras clave: Libertad condicional, sistema automático, sistema discrecional, España.

Keywords: Conditional release (parole). Mandatory system. Discretionary system. Spain.

DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.08

4.2021

Recepción
21/08/2021

-

Aceptación
11/10/2021

-

Índice

-

1. Introducción

2. Potencialidades de la libertad condicional

2.1. Reducción del encarcelamiento

2.2. Instrumento de rehabilitación

2.3. Instrumento de reinserción

3. La aplicación de la libertad condicional en España

3.1. Evolución en el uso de la libertad condicional

3.2. Finalización de condena en libertad condicional

3.3. Tiempo de condena cumplido por los liberados condicionales

3.4. Conclusiones sobre la aplicación de la libertad condicional

4. Modelos de libertad condicional

4.1. Modelo discrecional

4.2. Modelo automático

4.3. Conclusiones sobre los modelos

5. Propuesta de reforma del sistema español de libertad condicional

5.1. Sistema de libertad condicional semiautomático

5.2. Sistema de libertad condicional discrecional

5.3. Sistema de libertad condicional para condenados a penas cortas

6. Conclusiones

7. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

La libertad condicional –esto es: el cumplimiento de la última parte de la condena de prisión en libertad bajo supervisión– es una institución que en la política criminal europea cuenta con un amplio respaldo en atención a las bondades que se le atribuyen. En este sentido, el art. 4a de la Recomendación del Consejo de Europa sobre libertad condicional, Rec 2003 (22), establece: «Para reducir los efectos dañinos del encarcelamiento y promover la reinserción de los presos bajo condiciones que garanticen la seguridad de la comunidad, la ley debe poner la libertad condicional al alcance de todos los condenados, inclusive los condenados a cadena perpetua». Aun cuando la investigación criminológica no pueda considerarse todavía concluyente, sí es cierto que existe apoyo a que la libertad condicional puede, en función de cómo sea aplicada, lograr los objetivos de reducción del encarcelamiento, de rehabilitación y de reinserción¹ que se predicen de ella.

España realiza, en clave comparativa europea, un uso reducido de la libertad condicional y, por tanto, parece que no se estarían aprovechando al máximo las potencialidades de esta institución. La idea del trabajo es que los problemas que existen en la aplicación de la libertad condicional no se derivan tanto de razones idiosincráticas cuanto del modelo de libertad discrecional existente. Con esta finalidad, se distingue entre modelos discrecionales –en los que la libertad condicional se alcanza a partir de un momento, cuando existe un buen pronóstico de rehabilitación y reinserción– y modelos automáticos –en los que la libertad condicional se consigue una vez cumplida una parte de la condena–. España, junto a otros países europeos, asume un modelo discrecional de libertad condicional, que suele conllevar una aplicación menor de esta institución.

En el estudio se procede a definir los modelos de libertad condicional y se exponen sus fortalezas y debilidades. Para esta tarea resultan de mucha utilidad obras recientes de la penología comparada europea que permiten conocer cómo son estos modelos y qué resultados obtienen en los países en que se aplican². La ponderación de las ventajas e inconvenientes de los modelos expuestos me lleva a defender uno de carácter mixto, en que algunas modalidades

*Para contactar con el autor: josep.cid@uab.es. Este trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación: “Encarcelamiento y Reincidencia”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (Referencia: DER2014-55315-P); “Familia: desistimiento y reincidencia” financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Referencia: RTI2018-097085-B-I00) y “De la prisión a la comunidad. Programa experimental de reintegración social para personas encarceladas con riesgo de reincidencia” financiado por el programa Recercaixa (Referencia 2014ACUP00089). Mi agradecimiento a los revisores de INDRET por sus comentarios. Se continúa una línea de investigación en defensa de un modelo mixto de libertad condicional que tiene su origen en trabajos conjuntos de CID y TEBAR (2010a y 2010b). No me ocupo en el trabajo de la cadena perpetua, ni de modalidades agravadas de libertad condicional en caso de concurso de delitos, que exigen un tratamiento específico.

¹ Conviene aclarar el uso de los conceptos de rehabilitación y reinserción que aparecen en el trabajo. Entiendo por rehabilitación (o reeducación) las medidas dirigidas a que la persona confronte sus necesidades criminógenas (esto es los factores que le llevan a delinquir) y a que adquiera una identidad no delictiva (desistimiento). Entiendo por reinserción (o reintegración) que la persona en proceso de rehabilitación o ya rehabilitada participe plenamente de la vida social. Finalmente hablo de modelo rehabilitador para referirme a aquella concepción del castigo que entiende que su finalidad fundamental es el logro de la rehabilitación y de la reinserción.

² Me refiero a: *Release from prison: European policy and practice* (2010) (coordinado por Nicola PADFIELD, Dirk VAN ZYL SMIT y Frieder DÜNKEL) y a *Prisoner resettlement in Europe* (2019) (coordinado por Frieder DÜNKEL, Ineke PRUIN, Anette STORGAARD y Jonas WEBER).

de la libertad condicional siguen respondiendo al modelo discrecional, pero se incluya una modalidad basadas en el sistema automático.

El trabajo finaliza con una propuesta de reforma de nuestra legislación penitenciaria que, de ser acogida, podría llevar a un mayor uso de la libertad condicional y, a su vez, a una mejor realización de sus objetivos de reducir la duración del encarcelamiento y mejorar la consecución de las finalidades de rehabilitación y reinserción de las penas privativas de libertad.

2. Potencialidades de la libertad condicional

Aun cuando la discusión sobre la libertad condicional puede hacerse desde diversas doctrinas de justificación del castigo, que darán lugar a una configuración distinta de esta institución³, tanto en las Recomendaciones europeas, como también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), parece dominante un encaje de esta institución en un marco de humanización del sistema penal -que exige una reducción del uso del encarcelamiento- y, por otra parte, en un modelo punitivo rehabilitador, que requiere orientar el castigo a la rehabilitación y reinserción del condenado en la comunidad. No sólo en las recomendaciones europeas se establece a la reinserción como fin fundamental de la pena de prisión: «Cualquier privación de libertad debe ser gestionada para facilitar la reintegración de la sociedad de las personas que han sido privadas de su libertad» (Art 6, Rec (2006) 2, Reglas Penitenciarias Europeas), sino que además el TEDH ha fundamentado en su reciente jurisprudencia que la cadena perpetua no revisable contradice el art. 3 CEDH, pues ninguna persona puede ser privada de su derecho a la rehabilitación, negándole la posibilidad de alcanzar la libertad condicional⁴.

Es en este marco de humanización del sistema penal y de acogimiento de los postulados del modelo rehabilitador, en el que se plantean las potencialidades de la libertad condicional para alcanzar estos objetivos, que paso a comentar a continuación:

2.1. Reducción del encarcelamiento

La recomendación del Consejo de Europa sobre masificación e inflación penitenciaria (R (1999), 22) establece en su art. 11 que los estados miembros: «...deben hacer esfuerzos para reducir el recurso a penas de larga duración, que suponen una carga muy importante para el sistema penitenciario y sustituir penas cortas de prisión por penas alternativas...». Esta recomendación prevé dos estrategias para reducir el recurso al encarcelamiento: sustituir pena de prisión por

³ Véase sobre ello TÉBAR, *El modelo español de libertad condicional*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 67 ss.

⁴ Véase *Caso Vinter et al. v. Reino Unido* (9 julio 2013), en cuyo epígrafe 119 se indica «Por las razones anteriores, en el contexto de la cadena perpetua, el Art 3 debe ser interpretado como una exigencia de que la cadena perpetua pueda ser reducida, a través de la revisión que realicen las autoridades locales para valorar si se han producido cambios en el condenado que sean suficientemente significativos, y estos progresos hacia la rehabilitación se hayan producido durante la condena, de manera que la continuación de la detención ya no tenga fundamento penológico». Véase el comentario de VAN ZYL SMIT, WEATHERBY y CREIGHTON «Whole Life Sentences and the Tide of European Human Rights Jurisprudence: What Is to Be Done?», *Human Rights Law Review*, 14, 2014, pp. 59 ss., resaltando que el fundamento de la sentencia se encuentra en el derecho a la rehabilitación.

penas alternativas en primera instancia y limitar la duración del encarcelamiento. Para alcanzar esta segunda estrategia se puede acortar la duración de las penas de privación de libertad previstas en la ley e impuestas por los jueces. Sin embargo, también la institución de la libertad condicional puede permitir alcanzar este objetivo, pues supone que la última parte de la condena se cumple en situación de libertad, pero con supervisión. El nivel en que un sistema de libertad condicional consiga reducir la duración de las condenas depende de dos factores: del momento de condena en que se alcanza la libertad condicional y del porcentaje de personas condenadas que accedan a ella. En ambas cuestiones existe una amplia variedad en el contexto europeo. Por lo que hace al momento en que se puede alcanzar la libertad condicional, la regulación más frecuente es a la 1/2 de la condena, siendo bastante excepcional el caso de España en que la modalidad ordinaria de libertad condicional es a los 3/4 de la condena⁵. Por otra parte, también existe amplia diversidad en el porcentaje de personas que alcanzan la libertad condicional y, en general, como veremos más adelante, puede decirse que en los países con sistemas automáticos aplican más la libertad condicional que aquellos con sistemas discrecionales⁶. Por otra parte, para que la libertad condicional pueda cumplir en buena medida sus efectos descarceladores resulta importante que la supervisión que se ejercita esté suficientemente orientada al apoyo a la reinserción de la persona pues existe constancia que una supervisión focalizada exclusivamente en el control del cumplimiento de las condiciones puede generar una alta tasa de revocaciones⁷.

2.2. Instrumento de rehabilitación

La libertad condicional es vista como una institución capaz de favorecer el proceso de rehabilitación de la persona condenada por dos razones: porque puede motivar a la persona a hacer uso de los instrumentos de tratamiento ofrecidos por la institución penitenciaria y porque, una vez alcanzada, la supervisión puede ayudar a que la persona continúe con la confrontación de sus necesidades criminógenas y con la consolidación de la identidad convencional.

Respecto de la primera cuestión PETERSILIA⁸, aporta evidencia de que los sistemas discrecionales de libertad condicional tienen más capacidad de lograr que la persona participe en el tratamiento que los modelos automáticos. También la investigación sobre los procesos de desistimiento iniciados en prisión indica que los sistemas discrecionales pueden favorecer el sentido de logro, al premiar (con permisos o consecución del régimen abierto) que la persona se comprometa con su plan de ejecución de condena⁹. A su vez, la perspectiva de alcanzar la

⁵ DÜNKEL/VAN ZYL SMIT/PADFIELD, «Concluding thoughts», en PADFIELD/VAN ZYL SMIT/DÜNKEL, *Release from prison. European policy and practice*, Willan, Cullompton, 2010, p. 408; TÉBAR, *El modelo español de libertad condicional*, pp. 151-152.

⁶ DÜNKEL/VAN ZYL SMIT/PADFIELD, en PADFIELD/VAN ZYL SMIT/DÜNKEL, *Release from prison. European policy and practice*, 2010, p. 405.

⁷ PETERSILIA, *When Prisoners come Home. Parole and Prisoner Reentry*, Oxford University Press, 2003, p. 150.

⁸ PETERSILIA, *When Prisoners come Home. Parole and Prisoner Reentry*, 2003, p. 70.

⁹ Véase el trabajo de SOYER («The imagination of desistance. A juxtaposition of incarceration as a turning point and the reality of recidivism», *British Journal of Criminology*, 54, 2014, pp. 91 ss.) en el que explica que el shock del encarcelamiento tiene la potencialidad de generar una apertura al cambio pero que para que esta apertura evolucione hacia un proceso de desistimiento se necesita que el sistema dé oportunidades para su realización. Sobre la potencialidad de un sistema progresivo de generar procesos de desistimiento, puede verse: CID/MARTÍ, «Structural factors and pathways to desistance: research in Spain», en SHAPLAND/BOTTOMS/FARRALL, (coords.), *Global perspectives in desistance*, Routledge, London, 2016, pp. 62 ss.

libertad condicional puede estimular la buena conducta en prisión¹⁰ que, aun cuando es un tema controvertido, parece que favorece la reducción de la reincidencia tras la finalización de condena¹¹.

La libertad condicional puede, además, ayudar a la rehabilitación si durante el periodo de su ejecución en la comunidad se llevan a término aquellas prácticas que más evidencia positiva tienen en la investigación criminológica. Aun cuando, como señalan JONSON y CULLEN¹², la evidencia de la efectividad sobre los programas de rehabilitación que se dan en el marco de la libertad condicional es escasa¹³, pues muchas prácticas en el marco de la libertad condicional no están evaluadas, sí existen algunas que se han mostrado capaces de influir en la reducción de la reincidencia y que, por ello, tiene sentido adoptarlas para maximizar los efectos rehabilitadores de la libertad condicional¹⁴.

En primer lugar, destaca la importancia de que exista una continuidad entre las actividades que se realizan en prisión y las que se realizan en el marco de la comunidad (un ejemplo de esta continuidad dentro-fuera sería un programa de tratamiento de drogas que tiene unas sesiones dentro de prisión y otras en la comunidad)¹⁵.

Otra práctica que encuentra evidencia positiva son los programas de libertad condicional para delincuentes de alto riesgo cuando se basan en el principio de intervención intensiva y abordan tanto las necesidades criminógenas individuales cuanto las necesidades de inserción social (trabajo y vivienda, fundamentalmente)¹⁶. Además, cuando en el marco de la libertad condicional se atienden las necesidades de reinserción que tenga la persona (a las que aludiré en el siguiente epígrafe) se incrementan las posibilidades de que la medida de libertad

¹⁰ La investigación de TÉBAR (*El modelo español de libertad condicional*, 2006, pp. 236-238) muestra la relevancia de la variable de comisión de faltas graves en la decisión de la libertad condicional. La correlación entre comisión de faltas graves y denegación de la libertad condicional también admite la interpretación que las personas con más perspectivas de obtener la libertad condicional tuvieron mejor comportamiento. La correlación entre la buena conducta y la finalización de condena en régimen abierto o en libertad condicional también se muestra en la investigación «Encarcelamiento y Reincidencia» (desarrollada en el marco del proyecto citado en la nota introductoria). Véase al respecto: PEDROSA, «¿A quién dejamos atrás?», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 17, 2018, p. 16.

¹¹ COCHRAN/MEARS/BALES/STEWART, «Does inmate behaviour affect post-release offending? Investigating the misconduct-recidivism relationship among youth and adults», *Justice quarterly*, 31(6), 2014, pp. 1044 ss. Véase la opinión de VAN ZYL SMIT/SNACKEN (*Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights*, Oxford University Press, 2009, p.325), quienes, criticando que los sistemas de libertad condicional subordinen su obtención a la buena conducta, señalan. «...la adaptación a prisión puede ser contraproducente para el éxito de la liberación» y citan literatura previa que confirmaría esta idea.

¹² JONSON/CULLEN, «Prisoner reentry programs», *Crime and Justice. An annual review of Research*, 44, 2015, p. 538.

¹³ «Sin embargo, existe poca evidencia de que los programas de reinserción tienen efectos duraderos y, en particular, son capaces de reducir la reincidencia de los condenados» (JONSON/CULLEN, *Crime and Justice. An annual review of Research*, 44, 2015, p. 538.).

¹⁴ Además de las que se comentan en el texto, JONSON/CULLEN (JONSON/CULLEN, *Crime and Justice. An annual review of Research*, 44, 2015, p. 552) hacen referencia los que tratan los problemas de drogas con el recuso a comunidades terapéuticas, como medida de transición entre la prisión y la comunidad.

¹⁵ JONSON/CULLEN, *Crime and Justice. An annual review of Research*, 44, 2015, p. 551.

¹⁶ BRAGA/PIEHL/HUREAU, «Controlling violent offenders released to the community: an evaluation of the Boston Reentry Initiative», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 46(4), 2009, pp. 411-436. ELLIS/MARSHALL, «Does parole work? A post-Release comparison of reconviction rates for paroled and non-paroled prisoners», *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 33, 2000, pp. 300 ss., SOLOMON/KACHNOWSKY/BHATI, *Does parole work? Analyzing the impact of postprison supervision on rearrests outcomes*, The Urban Institute, Washington DC, 2005.

condicional lleve a la rehabilitación y, por tanto, a la reducción de la reincidencia. En este sentido, se destaca la eficacia de los programas de libertad condicional que, aun siendo de orientación multimodal, tienen como uno de sus ingredientes la formación o inserción laboral¹⁷. Finalmente, los programas de libertad condicional que tienen resultados más positivos son aquellos en que los profesionales que supervisan actúan bajo los principios del modelo RNR (Riesgo, Necesidad, Responsividad)¹⁸, mostrando, en particular, que la calidad de la relación entre el agente de libertad condicional y el liberado reduce la reincidencia¹⁹.

2.3. Instrumento de reinserción

La reinserción consiste en que la persona tras cumplir una pena de prisión no sólo se haya rehabilitado, sino que además pueda ser miembro pleno de la comunidad, disfrutando con normalidad de los bienes sociales: alojamiento, trabajo o rentas sustitutivas, ciudadanía y vida familiar, por situar las dimensiones más importantes. La persecución de esta finalidad en el marco de la libertad condicional tiene una justificación doble: por una parte, como se ha destacado desde las teorías del desistimiento, esta vinculación social de la persona- en particular el trabajo y el vínculo familiar- es útil para conseguir la rehabilitación²⁰. Pero, además, como bien indica la recomendación europea sobre libertad condicional, anteriormente citada, la reinserción debe compensar las barreras que el periodo de encarcelamiento pueda haber comportado a la persona (la estigmatización, la posible pérdida de empleo o la dificultad para acceder a él, el debilitamiento de las relaciones familiares o amicales, la posible pérdida de vivienda, la dificultad de conseguir la ciudadanía con personas extranjeras, entre otros). Es cierto que algunos de estos problemas ya podían existir antes del encarcelamiento, pues buena parte de la población encarcelada se encuentra en situación de desventaja social, pero, además de que ello no excluye, sino que acentúa, la necesidad de intervención social, el encarcelamiento puede agudizar algunos de estos problemas previos²¹.

La primera forma de apoyo que puede obtener la persona es la que proviene de las instituciones públicas²². Existirá un agente de libertad condicional con la misión de gestionar el proceso de reinserción y que, normalmente, trabajará en coordinación con servicios especializados en

¹⁷ BRAGA/PIEHL/HUREAU, «Controlling violent offenders released to the community: an evaluation of the Boston Reentry Initiative», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 46(4), 2009, p. 419; CLARK, «Making the most of second chances: an evaluation of Minnesota's high-risk revocation reduction reentry program», *Journal of Experimental Criminology*, 11, 2015 p. 210; REDCROSS/BLOOM/AZURDIA/ZWEIG/PINDUS, *Transitional jobs for ex-prisoners. Implementation of two-year impacts and Cost of the center for employment opportunities (CEO) prisoner reentry program*. MDCR Working paper, 2009, p. 75; ZHANG/ROBERTS/CALLANAN, «Preventing parolees from returning to prison through community-based reintegration», *Crime and delinquency*, 52, 2006, p. 564;

¹⁸ DOWDEN/ANDREWS, «The Importance of Staff Practice in Delivering Effective Correctional Treatment: A Meta-Analytic Review of Core Correctional Practice», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 48(2), 2004, pp. 208-209;

¹⁹ CHAMBERLAIN/GRICIUS/WALLACE/BORJAS/WARE, «Parolee-Parole Officer Rapport: Does It Impact Recidivism?», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 62(11), 2018, p. 3588.

²⁰ SAMPSON/LAUB, *Crime in the making: Pathways and turning points through life*, Harvard University Press, Cambridge, 1993; CULLEN, «Social support as an organizing concept for criminology: Presidential address to the Academy of Criminal Justice Sciences», *Justice Quarterly*, 11(4), 1994, pp. 204 ss.

²¹ HOLZER, «Collateral costs: effects of incarceration on employment and earnings among young workers», en RAPHAEL/STOLL (coord.), *Do prisons make us safer?*, Russell Sage Foundation, New York, 2009, pp. 239 ss.; SOCIAL EXCLUSION UNIT, *Reducing re-offending by ex-prisoners*, Reino Unido, 2002.

²² CULLEN, *Justice Quarterly*, 11(4), 1994, pp. 204 ss.; CHOUHY/CULLEN/LEE, «A social support theory of desistance», *Journal of Developmental and Life Course Criminology*, 6(2), 2020, pp. 204 ss.

tema de reinserción²³. La obligatoriedad de la supervisión en el marco de la libertad condicional facilita la vinculación del condenado a los servicios reinserción. En cambio, cuando la persona es liberada de forma definitiva, y sin supervisión, resulta mucho más difícil que se relacione con estos servicios²⁴.

De acuerdo a las conclusiones que DÜNKEL, PRUIN, STORGAARD y WEBER²⁵ extraen de los informes nacionales sobre la reinserción en Europa, para que la libertad condicional pueda ser una experiencia significativa en lo que hace a la reinserción se requiere que los servicios de libertad condicional estén suficientemente dotados, que trabajen en buena coordinación con los servicios sociales y con las entidades del tercer sector, que el sistema ofrezca oportunidades de reinserción (destacándose en particular los programas de empleo y de alojamiento) y que no existan colectivos (como extranjeros o miembros de las minorías étnicas) que vean restringido su acceso a la libertad condicional.

En segundo lugar, la libertad condicional es un espacio para la participación de la comunidad en la reinserción. En este sentido, en la literatura criminológica han recibido una buena evaluación determinados programas de mentoría no sólo por su capacidad de reducir la reincidencia sino también de mejorar el empleo de los participantes²⁶.

Finalmente, la libertad condicional es un marco para que la familia preste el apoyo que la persona requiera para poder moderar la tensión que provoca el regreso a la comunidad tras el encarcelamiento. En particular la investigación española destaca el rol de la familia en la prestación de apoyo instrumental y emocional a las personas liberadas que, a la vez que genera reintegración, contribuye al desistimiento de las personas excarceladas²⁷.

3. La aplicación de la libertad condicional en España

Para describir el uso que se hace en España de la libertad condicional tomaremos en cuenta tres indicadores: su aplicación desde la aprobación del Código penal de 1995, la finalización de la condena en libertad condicional y el tiempo de condena que cumplen en prisión los liberados condicionales.

²³ Véase, por ejemplo, un sistema de coordinación entre el agente de libertad condicional (que puede ser un profesional de prisiones o del servicio de probation) y los servicios sociales municipales en Noruega (JOHNSEN/FRIDHOV, «Offender resettlement in Norway. Positive principles – challenging practice», en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 252 ss.).

²⁴ DÜNKEL/WEBER, «(Early) release, probation and collateral consequences (directives) after release», en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019b, p. 420.

²⁵ DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER, «Comparable aims and different approaches. Prisoner resettlement in Europe-concluding remarks», en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 481 ss.

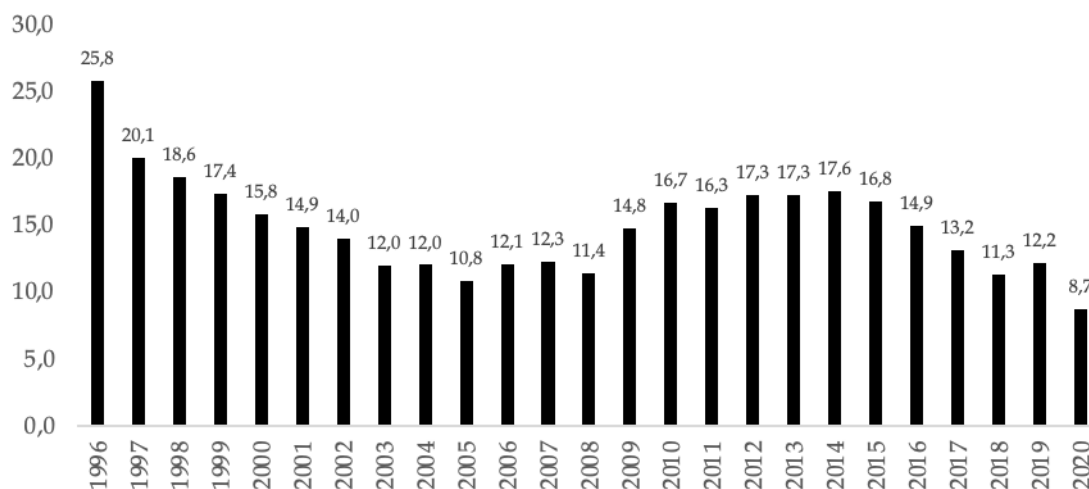
²⁶ BAULDRY/KOROM-DJAKOVIC/MCCLANAHAN/MCMACKEN/KOTLOFF, «Mentoring formerly incarcerated adults: Insights from the ready4work reentry initiative». Field report series, New York, 2009, pp. 15-18; DUWE/JOHNSON, «The effects of prison visits from community volunteers on offender recidivism», *The Prison Journal*, 96(2), 2016, p. 299; LINDQUIST/LATTIMORE/WILLISON/STEFFEY/STAHL/SCAGGS/WELSH-LOVEMAN/EISENSTAT/EISENSTAT, *Cross-Site Evaluation of the Bureau of Justice Assistance FY 2011 Second Chance Act Adult Offender Reentry Demonstration Projects: Final Report*, 2018, pp. 7-13.

²⁷ CID/MARTÍ, «Imprisonment, social support and desistance: A theoretical approach to pathways of desistance and persistence for imprisoned men», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 61(13), 2017, pp. 1433 ss.

3.1. Evolución en el uso de la libertad condicional

La figura 1 muestra la evolución de la concesión de la libertad condicional a partir de la aprobación del CP de 1995.

Figura 1. Evolución en el uso de la libertad en España (1996-2020)



Fuente: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (Administración General del Estado) y Secretaría General de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la Víctima (Cataluña).

Nota: Se indica el porcentaje de libertades condicionales concedidas por año por cada 100 condenados cumpliendo condena de prisión. El dato de condenados se toma de la media de condenados cumpliendo prisión por año.

La figura 1 muestra tres cosas: en primer lugar, indica que la aprobación del Código Penal de 1995 tuvo un efecto negativo en el uso de la libertad condicional. Este resultado se debió a la supresión de la redención de penas por el trabajo, que también computaba para el determinar el periodo necesario para poder optar a la libertad condicional. En la medida en que los condenados no gozaban de la redención de penas, el tiempo que debían cumplir para ser candidatos a la libertad condicional se alargaba, se iba reduciendo el número de personas elegibles para la condicional y, en consecuencia, el número de libertades condicionales concedidas por año²⁸. Posiblemente, la estabilización en la concesión de condicionales que se produce a partir de este año es debida a que ya en 2002, el 90% de penados cumplían condena de acuerdo al CP de 1995²⁹ y la administración mantuvo su política sin variaciones. La segunda cuestión que nos muestra la figura 1 es que la tendencia se invierte a partir de 2009 y hasta la mitad de la segunda década del siglo XXI, en la que el uso de la libertad condicional aumenta. Este segundo período podría estar influido por la crisis económica del 2008 y sus efectos negativos en el presupuesto de la administración penitenciaria³⁰, pero el mayor uso de la

²⁸ Véase también ROLDÁN, «El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12, 2010, p. 6, quien considera que, junto a la razón expuesta, la inclusión en el CP de 1995 del informe pronóstico como requisito para la concesión de la libertad condicional contribuyó también a su reducción.

²⁹ Véase *Informe General Secretaria General de Instituciones Penitenciarias* (2002, p. 18).

³⁰ BRANDARIZ, «La evolución del sistema penitenciario español, 1995-2014: transformaciones de la penalidad y modificación de la realidad», *Revista Crítica Penal y Poder*, 9, 2014, pp. 1 ss.; CID/CONTRERAS, «Interview with Ramon Parés, former director of the Catalan Prison System», en HENDERSON HURLEY/DAS (coords.), *Trends in corrections: Interviews with corrections leaders around the world*, II, Boca Raton: CRC Press, 2014, pp. 77 ss.

libertad condicional también podría derivar de una mayor sensibilidad de la administración penitenciaria española a la política criminal europea y a la demanda del Comité para la Prevención de la Tortura (CPT) de prevenir la masificación penitenciaria -que se agudiza en este periodo, alcanzando España en 2010 el máximo de población reclusa durante la democracia- a través de la libertad condicional³¹. Finalmente, la tercera cuestión que revela la figura es que, tal como ha denunciado mayoritariamente la doctrina penitenciaria española³², la reforma del Código Penal, debida a la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto un mazazo para la aplicación de la libertad condicional, haciendo que su uso se reduzca en un 50% en sólo 5 años. Como es sabido, esta reforma ha realizando una profunda modificación de la libertad condicional haciendo que esta institución sea menos atractiva para los penados pues, por una parte, establece que el plazo de libertad condicional, que ahora se configura como suspensión del resto de la pena, tenga una duración mínima de 2 años, que puede exceder el tiempo que le quede por cumplir a la persona, y, por otra, ha prescrito que el tiempo que la persona esté en libertad condicional no compute como condena, por lo que, en caso de revocación, la persona deberá cumplir el tiempo de condena que hubiera sido suspendido. Como acertadamente señala GUIASOLA³³, esta nueva regulación «...aconsejará(n) en muchos casos no solicitar la libertad condicional y permanecer en tercer grado hasta la completa extinción de la pena», que es justamente lo que parece haber sucedido en muchos casos. Podría pensarse que este menor uso de la libertad condicional ha venido compensado por un incremento equivalente de las personas clasificadas en tercer grado, pero el aumento de la clasificación del uso del tercer grado, tal como se refleja en la tabla 1, es sólo del 19,3%, por lo que no remedia la reducción en el uso de la condicional.

Tabla 1. Clasificación en tercer grado. España (2015 y 2020)

	Personas clasificadas en tercer grado	Personas penadas	Clasificados en tercer grado por 100 condenados
2015	8.135	55.503	14,7
2020	8.188	46.838	17,5
Aumento 2015-2020			19,3%

Fuente: Secretaria General de Servicios Penitenciarios

Nota: los datos de clasificación se refieren a 31 de diciembre. Los datos de penados se refieren a la media del año.

³¹ En su informe relativo a su visita a las instituciones penitenciarias españolas de 2007 (CPT/Inf (2011) 11), el CPT destaca que para combatir la masificación no sólo se debe utilizar sólo la vía de construcción de nuevo centros penitenciarios (epígrafe 78) y pide al gobierno español que atienda a las recomendaciones europeas que exigen limitar la duración de las penas, a partir, entre otros instrumentos de la libertad condicional. En el epígrafe 78 de este informe se indica: «El CPT recomienda que las autoridades españolas continúen persiguiendo con tesón múltiples políticas dirigidas a acabar con la masificación en prisiones, tomando en cuenta entre otros los principios establecidos por las recomendaciones R (99) 22 y R (2003) 22, así como otras pertinentes recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa. El Comité desearía recibir información detallada de las medidas tomadas sobre este particular por las autoridades españolas». Sobre la influencia de la política criminal europea en la política penitenciaria española puede verse: CID/ANDREU, «European criminal policy and Spanish prison practices: understanding confluences and gaps», en DAEMS/ROBERT (coords.), *Europe in prisons*, Palgrave-Macmillan, London, 2017, pp. 255 ss.

³² Véase CERVELLÓ, *Libertad condicional y sistema penitenciario*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 76 y la doctrina allí citada.

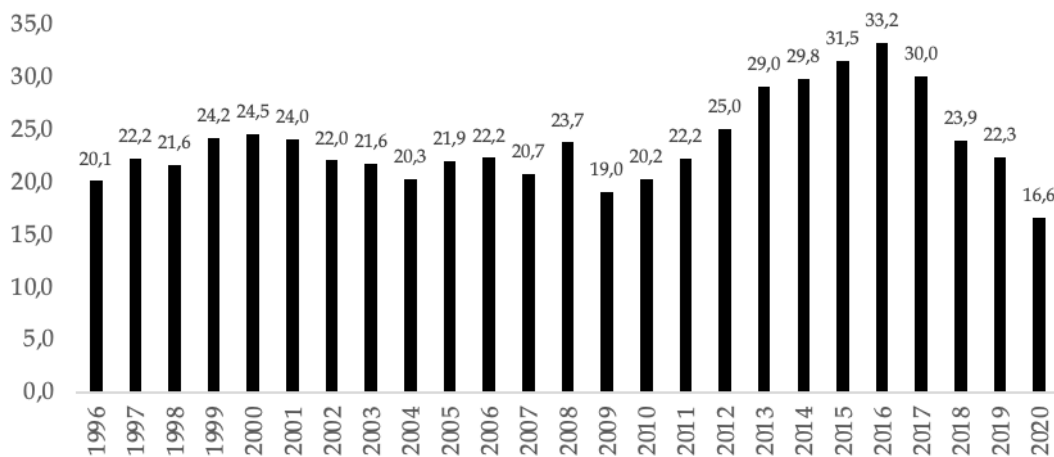
³³ GUIASOLA, *La libertad condicional. Nuevo régimen jurídico conforma a la LO 1/2015 CP*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 69.

3.2. Finalización de la condena en libertad condicional

Analizo en primer lugar los datos de Cataluña pues se dispone de toda la serie completa desde la aprobación del CP de 1995. En el caso de la Administración General del Estado sólo se ha tenido acceso a los datos de 2018 y 2019, por lo que debemos utilizar evidencias adicionales para inferir su evolución.

Los datos relativos a la forma de finalización de condena en Cataluña se exponen en la siguiente figura:

Figura 2. Finalización de condena en libertad condicional. Cataluña (1996-2020).



Fuente: Secretaría General de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la Víctima (Cataluña) (Datos no publicados).

Nota: El dato se refiere al porcentaje de personas excarceladas por libertad condicional, respecto del total de personas excarceladas (por libertad condicional o por libertad definitiva). No se computan los casos de personas a los que se pueda haber revocado la libertad condicional³⁴.

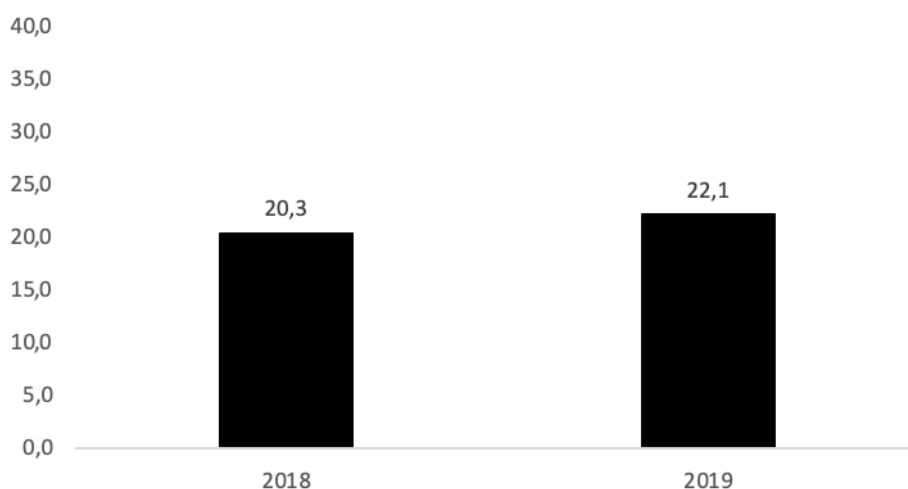
Estos datos, relativos a Cataluña, nos indican, en primer lugar, que finaliza la condena en libertad condicional un poco menos de uno de cada cuatro condenados (un 23,7%), mientras que tres de cada cuatro personas alcanzan su libertad definitiva sin haber pasado por la libertad condicional. Claramente, por tanto, la libertad condicional no es en Cataluña la forma normal de regresar a la comunidad cuando se cumple una condena de prisión. En segundo lugar, los datos muestran que el incremento en el uso de la libertad condicional que se produce a partir de 2009 lleva, como es lógico, a un importante incremento en la ratio de personas que finalizan su condena en esta situación, que se sitúa en cifras superiores al 30%. Finalmente, el impacto negativo de la reforma de la libertad condicional por parte de la L.O. 1/2015 se advierte claramente al final del período, en el que son más las personas condenadas a las que se les

³⁴ Los datos de revocaciones de la libertad condicional de los que se dispone (relativos al período 2006-2010) son muy bajos, situándose en el 3,7% respecto de las concesiones. Véase CID/TÉBAR, «La revocación del tercer grado ¿una práctica legítima?», *Cuadernos de Política Criminal*, 114, 2014, p. 204.

aplica la nueva regulación³⁵, en el que llegamos a que las excarcelaciones en libertad condicional sean las más bajas desde la aprobación del CP 1995³⁶.

Por lo que hace a la Administración General del Estado no se dispone, como se indicaba, de la serie de datos de finalización de condena desde la aprobación del CP de 1995, sino sólo de los años 2018 y 2019, que han sido publicados por Space I. Los datos de estos dos años indican que las cifras de finalización de condena en libertad condicional son, en estos dos años, ligeramente inferiores a los de la administración catalana.

Figura 3. Finalización de condena en libertad condicional. Administración General del Estado (2018 y 2019).



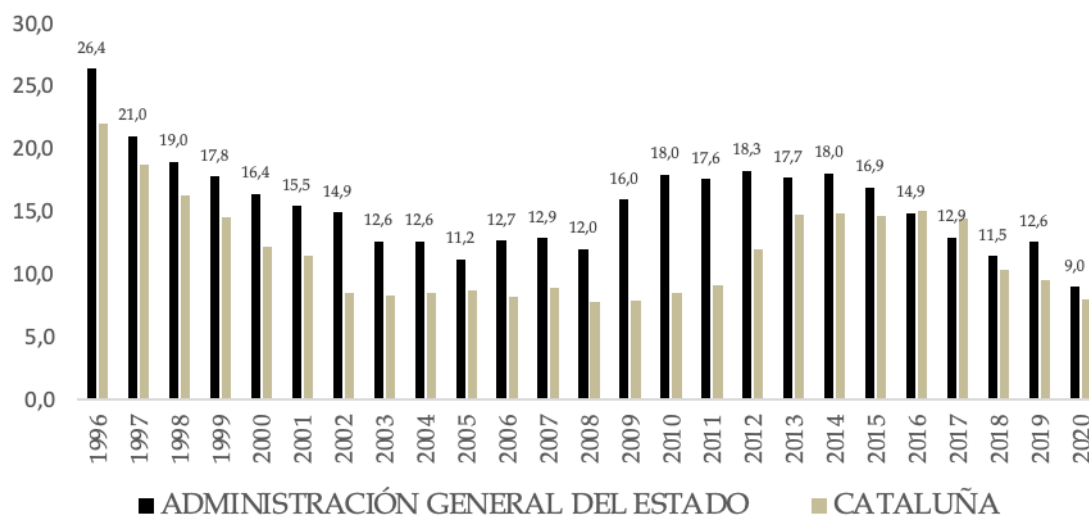
Fuente: Space I (2019 y 2020).

Los datos de finalización de condena en libertad condicional de la Administración General del Estado de los años anteriores podrían ser mejores, pues, como muestra la figura 4, la tasa de concesiones de libertad condicional ha sido, en general, más alta en la Administración General del Estado que en Cataluña. Posiblemente, en los años de mayor concesión de la libertad condicional (entre 2010-2014) la tasa de personas que en la Administración General del Estado acabó su condena en libertad condicional podría acercarse al 40%. Pero tras la aprobación de la L.O 1/2015, la finalización de la condena en libertad condicional se ha situado en cifras cercanas al 20%.

³⁵ Pues al ser la nueva regulación perjudicial sobre la legislación anterior no se aplicó de manera retroactiva. Véase la discusión al respecto en CERVELLÓ, *Libertad condicional y sistema penitenciario*, 2019, pp. 124-126.

³⁶ Puede sorprender que los gráficos de evolución concesiones de libertad condicional (figura 1) y de personas que finalizan su condena en libertad condicional (figura 2) no coincidan exactamente, en particular para el período posterior al CP de 1995, en que el número de concesiones de libertad condicional disminuye más del 50% pero en cambio se mantiene relativamente estable el porcentaje de personas que finalizan la condena en libertad condicional. La razón principal se debe a la supresión de la redención de penas por el trabajo, a la que me he referido en el texto. La administración penitenciaria no cambió su política de concesión de la libertad condicional después de la aprobación del Código penal de 1995 (la obtenía entre un 20-25% de los casos en los que las personas llegaban a los 3/4 de condena) sino que se encontró con que cada año había un número menor de personas que alcanzaban estos 3/4. Es por eso que disminuyó el número de condicionales sin que se alterara esencialmente la ratio de personas que finalizara la condena en condicional.

Figura 4. Tasa de concesiones de libertad condicional (1996-2020). Administración General del Estado y Cataluña.



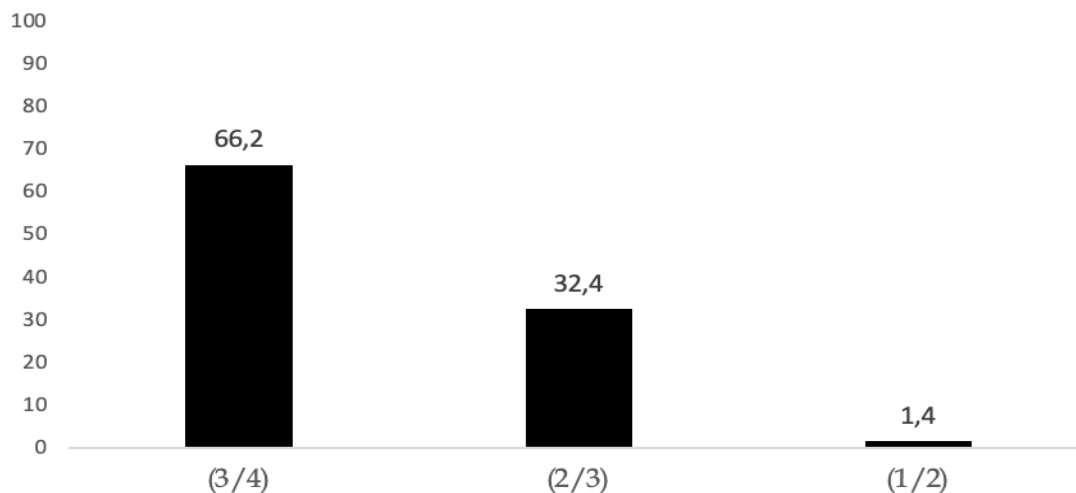
Fuente: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (Administración General del Estado) y Secretaría General de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la Víctima (Cataluña).

Nota: Se indica el porcentaje de libertades condicionales concedidas por año por cada 100 condenados cumpliendo condena de prisión. El dato de condenados se toma de la media de condenados cumpliendo prisión por año.

3.3. Tiempo de condena cumplido por los liberados condicionales

En las figuras 5 y 6 se muestran los datos de la modalidad de concesión de la libertad condicional (a los 3/4 de condena, a los 2/3 o a la 1/2) de aquellos que la obtuvieron. Los datos nos muestran, en primer lugar, que las personas que obtienen la libertad condicional cumplen en su mayoría un mínimo de 3/4 de condena en prisión y que sólo una minoría se beneficia de las modalidades anticipada a partir de los 2/3 de condena o, excepcionalmente, del 1/2. En segundo lugar, y en la misma línea que lo señalado en el anterior epígrafe, se observa que en la Administración General del Estado se hace un mayor uso de las modalidades anticipadas de libertad condicional, por lo que en esta última administración se contribuiría en mayor medida a la función de reducción de la duración del encarcelamiento que se atribuye a la libertad condicional.

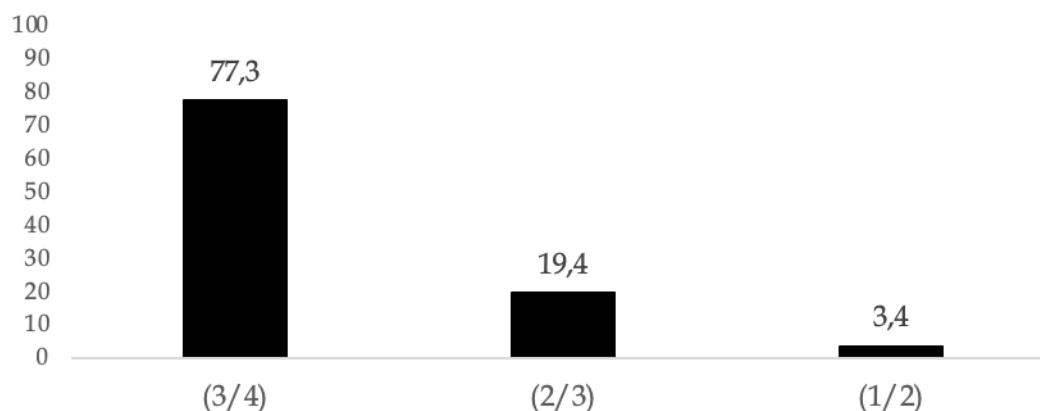
Figura 5. Modalidad de excarcelación de los liberados condicionales. Administración General del Estado (1996-2020).



Fuente: Secretaría General de Servicios Penitenciarios (datos no publicados).

Nota. No se incluyen las modalidades especiales de libertad condicional (humanitaria y para cumplimiento en otro país). No se dispone de los datos de los años 1998, 2009, 2010 y 2011. Se realiza la media del resto de años de la serie.

Figura 6. Modalidad de excarcelación de los liberados condicionales. Cataluña (1996-2020)



Fuente. Fuente: Secretaría General de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la Víctima (Cataluña). (Datos 1996-2008 no publicados).

Nota. No se incluyen las modalidades especiales de libertad condicional (humanitaria y para cumplimiento en otro país)

3.4. Conclusiones sobre la aplicación de la libertad condicional en España

Los datos aportados sobre la aplicación de la libertad condicional muestran que en España no se aprovechan plenamente las potencialidades de esta institución. El marco legislativo del CP de 1995, al eliminar la redención de penas por el trabajo, exige mucho tiempo de condena para poder alcanzar la libertad condicional y con ello limita su capacidad de reducir la duración del encarcelamiento. Los 3/4 de condena cumplida efectivos han sido en la práctica el tiempo normalmente requerido para alcanzar la condicional. Este marco no excluye a ningún condenado de alcanzar la libertad condicional, y ha permitido que, en ciertos períodos se aplicara de manera que un mayor porcentaje de personas pudiera gozar de ella, de manera más

acentuada en la Administración General del Estado. Sin embargo, ni siquiera en los mejores momentos se ha podido llegar a que la libertad condicional fuera la forma normal de finalizar las condenas. La situación se ha agravado con la L.O. 1/2015, que ha llevado a que el uso de la libertad condicional sea el más bajo de todo el período democrático.

4. Modelos de libertad condicional

En el panorama penológico europeo encontramos diversos sistemas de libertad condicional que, en cuanto a su concesión, pueden encuadrarse en dos categorías: modelos discrecionales y modelos automáticos. La Recomendación europea de libertad condicional, Rec (2003)22, considera admisibles ambos modelos (art. 5). Sin embargo, resulta importante definirlos y exponer sus ventajas e inconvenientes, pues, a mi juicio, algunos de los problemas que presenta la libertad condicional en España derivan de acoger un modelo discrecional.

4.1. Modelo discrecional

En un modelo discrecional la concesión o denegación de la libertad condicional depende de un juicio de pronóstico sobre la capacidad de la persona de llevar una vida en libertad sin delitos. En la medida en que se debe hacer un juicio de pronóstico necesariamente habrá un margen amplio de apreciación, tanto en los factores que se toman en cuenta para fundamental la decisión, como en el nivel de riesgo que se acepta para establecer un pronóstico positivo. Que el modelo sea discrecional no quiere decir que las decisiones no deban ser motivadas y que un órgano judicial no pueda revisar la corrección del razonamiento. Estas garantías son esenciales, justamente, en este modelo para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad.

Existen sistemas de libertad condicional que, partiendo de la discrecionalidad, han evolucionado para establecer límites a la autoridad que decide (normalmente judicial). Un ejemplo sería el caso de Austria, donde la ley prescribe que «La libertad condicional debe ser concedida cuando se piense que el infractor no está menos constreñido a cometer otros delitos con la libertad condicional que cumpliendo el resto de la pena en prisión»³⁷. En el caso de Alemania, la doctrina destaca que la negativa a conceder la libertad condicional, debe ser siempre fundamentada en razones de prevención especial y basada en hechos concretos³⁸.

España es un país con un modelo discrecional puro. Fijándonos en su modalidad ordinaria, que es como sabemos la que generalmente se aplica, esta requiere para su concesión, además del requisito temporal, la clasificación en tercer grado y la buena conducta. Estos tres requisitos no parecen suficientes pues el art. 90 del CP añade que «Para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas». Aun cuando este precepto sea

³⁷ BRUCKMÜLLER, «Prisoner resettlement in Austria: a supportive approach», en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, p. 22.

³⁸ DÜNKEL/PRUIN, «Germany», en PADFIELD/VAN ZYL SMIT/DÜNKEL (coords.), *Release from prison. European policy and practice*, Willan, Cullompton, 2010, p. 189.

interpretado, como creo, en clave preventivo especial, y deba basarse en el juicio de pronóstico de conducta futura, no establece ningún criterio limitador para la decisión del juez. Y aunque la jurisprudencia pueda avanzar en delimitar la decisión judicial, inspirada por los modelos de discrecionalidad limitada anteriormente vistos³⁹, todavía quedaría el escollo de la clasificación en tercer grado, que también se basa en un juicio de pronóstico (la capacidad de vivir en un régimen de semilibertad)⁴⁰.

Ya anteriormente hemos visto las ventajas de un modelo de libertad condicional discrecional, que, al vincularla al pronóstico positivo, estimula a la persona a acoger las oportunidades que el sistema le ofrece para abordar sus necesidades criminógenas, incrementa la buena conducta y favorece el surgimiento de narrativas desistentes. Además, se trata de un modelo que estaría bien valorado por los profesionales de tratamiento que trabajan en el sistema penitenciario⁴¹.

Sin embargo, este modelo discrecional también tiene inconvenientes. En primer lugar, genera una cierta inseguridad sobre si y cuándo se producirá la liberación condicional. Es cierto que un modelo discrecional puede avanzar determinando un plan de ejecución de condena (el Programa Individual de Tratamiento, en el caso de España) que indique con claridad qué debe hacer la persona para conseguir la progresión, pero no siempre estos planes de ejecución de condena están suficientemente detallados para dar seguridad al condenado sobre cómo será su proceso de liberación^{42 43}.

El segundo inconveniente de los modelos discretionales es la baja tasa de concesión de la libertad condicional. Ya anteriormente me he referido a las cifras españolas que han ido variando desde la aprobación del Código Penal de 1995, que habrían podido llegar a cifras cercanas al 40% a mediados de la pasada década pero que se han reducido enormemente a partir de la aprobación de la reforma del 2015. Las cifras de países europeos con modelos discretionales no son muy distintas. En Austria se señala una tasa de concesión de la libertad

³⁹ Siguiendo propuestas doctrinales que interpretan el art. 90 CP en el sentido de que existiendo buena conducta y estando la persona clasificada en tercer grado, el juez debe conceder la libertad condicional. Véase en este sentido: en CERVELLÓ, *Libertad condicional y sistema penitenciario*, 2019, p.78; GUIASOLA, *La libertad condicional. Nuevo régimen jurídico conforma a la LO 1/2015 CP*, 2017, p. 38.

⁴⁰ Con el objetivo de ampliar el uso de la libertad condicional y limitar el carácter discrecional de su concesión se ha defendido la supresión del requisito de estar clasificado en tercer grado para acceder a la libertad condicional. Véase al respecto NAVARRO, *Ejecución de la pena privativa de libertad. Garantías procesales*, J.M. Bosch, Barcelona, 2002, p.210; TÉBAR, *El modelo español de libertad condicional*, 2006, p. 140-143.

⁴¹ IBÁÑEZ, «Progresar hacia el régimen abierto: la visión de los profesionales», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 17, pp, 1-28.

⁴² DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER, en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 511-513.

⁴³ Es relevante en esta discusión la sentencia del TEDH de 18 de septiembre de 2012 (*James, Wells and Lee v. Reino Unido*) en la que, aun cuando en referencia a penas indeterminadas, el TEDH establece que para que se prolongue la condena por razones de peligrosidad, la persona debe haber tenido una oportunidad real de participar en programas de rehabilitación y sacar provecho de ellos. Si esta oportunidad no la ha tenido, la prolongación de la detención sería arbitraria y vulneraría el art. 5.1 del CEDH (Véase epígrafe 218 de la sentencia). Aun cuando esta sentencia no afecta a las penas determinadas, creo que sus principios también podrían ser de aplicación a supuestos en que por negativa a la concesión de la libertad condicional se alarga el período de privación de libertad. Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH ha tendido a considerar que en condenas determinadas las decisiones sobre la libertad condicional no afectaban al art. 5.1 del convenio, pues la condena ya sería la base para esta restricción. Véase la explicación y discusión de esta jurisprudencia en VAN ZYL SMIT/SNACKEN, *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights*, Oxford University Press, 2009, p. 339.

condicional del 30%⁴⁴, la misma que se reporta de Francia⁴⁵ y en Alemania⁴⁶. Esta baja tasa de concesión no sólo limita el objetivo humanizador de reducir la duración del encarcelamiento, sino que también afecta a sus otras potencialidades. Si, como antes hemos dicho, la libertad condicional es una institución con capacidad de favorecer la rehabilitación y la reinserción, la exclusión de un porcentaje tan alto de personas de su disfrute debe tener consecuencias negativas, incrementando la reincidencia y haciendo más difícil la reintegración social después de haber cumplido una pena de prisión. Es cierto que las personas con peor pronóstico tendrán más probabilidades de fracasar en la libertad condicional, pero la cuestión importante es si este riesgo disminuye con la supervisión y ayuda que se pueda prestar en el período de libertad condicional respecto del que existirá en una salida sin supervisión ni ayuda al finalizar la condena⁴⁷.

4.2. Modelo automático

En el modelo automático la libertad condicional se concede por el cumplimiento de un determinado período en prisión. Cuando se cumple este momento el condenado es liberado. El juicio de pronóstico sobre la conducta de la persona en libertad no es relevante para la concesión de la libertad condicional, aunque sí pueda serlo para determinar las condiciones de la supervisión. Pocos países europeos tienen modelos completamente automáticos pues suelen establecer alguna excepción a la liberación con el cumplimiento del período estipulado⁴⁸. Se habla entonces de modelos semiautomáticos, que son aquellos en que la libertad condicional se alcanza con el cumplimiento del período estipulado, pero se establecen situaciones tasadas y

⁴⁴ BRUCKMÜLLER/HOFINGER, «Austria», en PADFIELD/VAN ZYL SMIT/DÜNKEL (coords.), *Release from prison. European policy and practice*, Willan, Cullompton, 2010, pp. 49 ss.

⁴⁵ HERZOG-EVANS, «Manegerialism, ‘get off your boots’ and the facto not-for-profit privatization in prisoner resettlement in France», en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 128 ss.

⁴⁶ En todos los países con modelos discrecionales las personas que cumplen condenas muy cortas de prisión (como es el caso por ejemplo de los condenados a responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas) están de facto excluidos de la libertad condicional. Este sería el caso de Alemania (PRUIN, «Prisoner resettlement in Germany. Regional disparities of the constitutional aim of social reintegration», en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 150 ss.) o de España, donde, con datos de Cataluña, las personas condenadas a Responsabilidad Personal Subsidiaria suelen acabar la condena no clasificados y por tanto excluidos de la libertad condicional, tal como muestra CAPDEVILA (CAPDEVILA, *Tasa de reincidencia penitenciaria 2014*, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Barcelona, 2015, p. 114), que refleja que un 86,7% de ellos acaba la condena sin clasificar. Lógicamente, si no se computaran en los cálculos a las personas condenadas a penas cortas, los porcentajes de concesión de la libertad condicional aumentan. Así por ejemplo DÜNKEL y PRUIN (en PADFIELD/VAN ZYL SMIT/DÜNKEL (coords.), *Release from prison. European policy and practice*, 2010, pp. 481 y ss.) indican que, en Alemania, sin computar a las personas condenadas a responsabilidad personal subsidiaria, la tasa de concesión de la libertad condicional alcanza al 60% de los condenados. También las cifras del resto de países con sistemas discrecionales aumentan si se excluye del cálculo a los condenados a penas muy cortas de prisión, pero, incluso así, sigue habiendo un porcentaje muy importante de personas condenadas a penas de media o larga duración que son excluidos de la libertad condicional. En el caso de España, aunque hiciéramos los cálculos de la figura 2 sobre el 80% de personas que finalizan la condena clasificados (CAPDEVILA, *Tasa de reincidencia penitenciaria 2014*, 2015) tendríamos que la tasa media de finalización de condena en libertad condicional desde la aprobación del CP de 1995 subiría al 28,8% (se trata de datos sólo de Cataluña).

⁴⁷ Se profundiza en esta discusión en CID/TÉBAR, «Delincuentes de alto riesgo y libertad condicional», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 8, 2010a, pp. 1 ss.

⁴⁸ DÜNKEL/WEBER, en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019b, p. 407.

excepcionales -como la existencia de un peligro grave y acreditado de comisión de delitos graves- en que se puede diferir, e incluso excluir, la concesión de la libertad condicional.

Ejemplos de modelos automáticos puros de libertad condicional los encontramos en Reino Unido. Así en Inglaterra, en las condenas determinadas, la libertad condicional se consigue de manera automática a la mitad de la condena, existiendo otras modalidades discrecionales de liberación con anterioridad a este momento⁴⁹. En el caso de Escocia, el sistema automático, con liberación a mitad de la condena, y sin supervisión, se establece para las penas de hasta cuatro años de duración, mientras que para las penas superiores rige un sistema discrecional⁵⁰. También en el caso de Bélgica, existe para las penas cortas, de hasta 1 año de prisión, un sistema automático, que lleva a la liberación sin supervisión una vez cumplida una pequeña porción de la pena⁵¹.

Los modelos semiautomáticos de libertad condicional existen principalmente en los países escandinavos. Por su semejanza con el sistema penitenciario español, resulta especialmente interesante el caso de Finlandia. En este país el momento para alcanzar la libertad condicional se fija entre 1/3 de la condena y 2/3 en función de la edad y de los antecedentes de la persona⁵². Cuando se cumple este plazo, la persona es liberada. La liberación es con supervisión cuando la duración del periodo restante es mayor a un año, la persona es menor de 21 años o es ella quien lo solicita⁵³. La libertad condicional dura hasta el final de la condena. El modelo de Finlandia es semiautomático porque la libertad condicional puede posponerse en el caso de que el condenado presente un riesgo grave de delito grave. La excepcionalidad de la disposición se advierte en la ratio de personas a las que se les aplica, que no llega al 1%⁵⁴. En el caso de que al final de la condena, la persona mantenga este riesgo se puede imponer una supervisión postcondena de hasta 1 año de duración⁵⁵. También en Suecia rige un sistema semiautomático. La libertad condicional se alcanza a los 2/3 de la condena. En este caso el sistema es semiautomático porque la libertad condicional puede excluirse por el hecho de que la persona haya tenido en prisión una grave mala conducta, una situación que se produce en un 4% de los casos⁵⁶. En Dinamarca las condenas inferiores a 2 meses están excluidas de la libertad

⁴⁹ PADFIELD, «England and Wales», en PADFIELD/VAN ZYL SMIT/DÜNKEL (coords.), *Release from prison. European policy and practice*, Willan, Cullompton, 2010, pp. 104 ss.

⁵⁰ MCIVOR/GRAHAM/MCNEILL, «Prisoner resettlement in Scotland», en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 278 ss.

⁵¹ SNACKEN/BEYENS/BEERNAERT, «Belgium», en PADFIELD/VAN ZYL SMIT/DÜNKEL (coords.), *Release from prison. European policy and practice*, Willan, Cullompton, 2019, pp. 104 ss.; SHEIRS/BEYENS, «Prisoner resettlement in Belgium: also a responsibility of civil society», en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 37 ss.

⁵² El sistema está claramente explicado en LAPPI-SEPPÄLÄ, «Prisoner resettlement in Finland», en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 104 ss. El momento de la condena en que se alcanza la libertad condicional es el siguiente. Menores de 21 sin condena previa en prisión en los últimos tres años: al 1/3 y con condena previa: al 1/2. Mayores de 21 años sin condena previa en prisión en los últimos tres años: al 1/2 y con condena previa: a los 2/3.

⁵³ LAPPI-SEPPÄLÄ, en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, p. 119.

⁵⁴ LAPPI-SEPPÄLÄ, «Finland», en PADFIELD/VAN ZYL SMIT/DÜNKEL (coords.), *Release from prison. European policy and practice*, Willan, Cullompton, 2010, p. 152.

⁵⁵ LAPPI-SEPPÄLÄ, «Prisoner resettlement in Finland», en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, p. 118.

⁵⁶ PERSSON/SVENSSON, «Prisoner resettlement in Sweden», en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 328 ss.

condicional, y para el restante existe un sistema semiautomático cuando se alcanza los 2/3 de condena. La excepcionalidad viene de que no exista un pronóstico de reincidencia, en cuyo caso puede denegarse, lo que sucede en un 25% de los casos⁵⁷.

El modelo automático de libertad condicional presenta los siguientes inconvenientes. En primer lugar, por contraposición al modelo discrecional, en la medida que no se basa en un pronóstico positivo de reinserción, y que por tanto su consecución no dependa de que la persona se involucre en los programas orientados a la rehabilitación, quizás no estimule a la persona al logro de este objetivo y produzca peores resultados en cuanto a la evitación de la reincidencia⁵⁸. En segundo lugar, con este modelo se podría deber excarcelar a personas con alto riesgo de comisión de delitos graves, aunque este es un riesgo que los modelos semiautomáticos evitan a partir de las cláusulas excepcionales que difieren la liberación.

Pero el modelo automático presenta también ventajas respecto del modelo discrecional. Por una parte, como hemos visto anteriormente, los países que se regulan por este modelo tienen generalmente tasas más altas de uso de la libertad condicional que los países con sistemas discrecionales, por lo que cumplen mejor, con el objetivo de reducción de la duración del encarcelamiento que persigue esta institución. La segunda ventaja es que este modelo evita que las personas sean excarceladas sin supervisión y ayuda cuando ella sea necesario. Como hemos visto, uno de los problemas principales del modelo discrecional es que las personas que no son liberadas condicionalmente lo serán en libertad definitiva y, esta, será normalmente, sin supervisión ni ayuda. Esta situación, no sólo desatiende las necesidades de reinserción que pueda tener la persona, sino que, además, descuida la protección de la seguridad colectiva, pues, por lo menos para los delincuentes de alto riesgo, la supervisión puede contribuir a la reducción de la probabilidad de reincidencia.

4.3. Conclusiones sobre los modelos

Parece claro que los dos modelos de libertad condicional tienen ventajas e inconvenientes y que, por ello, quizás sea conveniente propugnar un modelo mixto que aúne las ventajas de los dos modelos a la vez que limite sus inconvenientes. Se expone a continuación las bases de este modelo mixto que servirán para el diseño de reforma del sistema de libertad condicional que se realiza en el siguiente epígrafe⁵⁹.

⁵⁷ STORGAARD, «Resettlement in a Danish context», en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, p. 75; DÜNKEL/VAN ZYL SMIT/PADFIELD, «Concluding thoughts», en PADFIELD/VAN ZYL SMIT/DÜNKEL, *Release from prison. European policy and practice*, Willan, Cullompton, 2010, p. 410.

Noruega es el único país escandinavo con un sistema de libertad condicional discrecional limitado, pues tal como explican JOHNSEN y FRIDHOV (en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, 2019, p. 255), la concesión de la libertad condicional, que se establece a los 2/3 de condena, requiere un juicio de pronóstico y la libertad condicional puede denegarse en el caso de que existan razones para asumir que el condenado cometerá otros delitos en el período de libertad condicional. No obstante, las tasas de concesión de libertad condicional, en torno al 82%, indican que la práctica de este sistema es muy semejante a la de los sistemas semiautomáticos del resto de países escandinavos.

⁵⁸ PETERSILIA, *When Prisoners come Home. Parole and Prisoner Reentry*, 2003.

⁵⁹ Desarrollo en este epígrafe la propuesta de un modelo mixto que realizamos en CID/TÉBAR, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 8, 2010a, pp. 1 ss. En defensa de un modelo mixto también se han pronunciado: CERVELLÓ (*Libertad condicional y sistema penitenciario*, 2019, p. 226) y SALAT (*La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 386).

En primer lugar, el sistema de libertad condicional debe ser organizado para que el máximo de personas pueda gozar de él. Ello obliga a establecer alguna modalidad de libertad condicional automática y a pensar en formas sustitutivas de la libertad condicional para aquellas penas que, por su corta duración, la libertad condicional no sea factible.

En segundo lugar, el sistema de libertad condicional debe estar estructurado de manera que estimule a las personas a lograr su rehabilitación. Como dicen los defensores del modelo discrecional, es importante que toda persona que cumple una condena en prisión sepa que su trabajo para combatir los factores individuales de su actividad delictiva y su esfuerzo para conseguir su reintegración social tienen recompensa. En función de ello debe existir alguna modalidad de libertad condicional que sea discrecional.

En tercer lugar, debe garantizarse que toda persona, si lo necesita, sea liberada con supervisión, para reducir el riesgo de reincidencia y para ayudarla su reintegración social. La supervisión y la ayuda a la reintegración es especialmente importante con las personas en riesgo alto de reincidencia, pues en referencia a ellos en donde más evidencia existe acerca de la utilidad de los programas de libertad condicional. Dado que los sistemas de libertad condicional discrecional podrían llevar a excluir a delincuentes de alto riesgo de la libertad condicional, resulta necesario que alguna de sus modalidades sea automática.

En cuarto lugar, en atención a los principios del modelo RNR, el nivel de supervisión y ayuda que reciba la persona en el marco de la libertad condicional debe ser proporcional al riesgo de reincidencia y a las necesidades que presente. Esto significa que debe haber un juicio individualizado, tanto si la libertad condicional es automática como si es discrecional, para decidir las condiciones de la supervisión y ayuda.

En quinto lugar, el sistema debe evitar que medidas de supervisión y ayuda que se podrían tomar en el marco de la libertad condicional no se lleven a cabo, optando por una prolongación de las medidas de supervisión una vez finalizada la condena. Esta opción entra en contradicción con el objetivo de la libertad condicional de reducir la duración del encarcelamiento.

En sexto lugar, el sistema debe buscar una solución para la problemática que plantea el uso de la libertad condicional para las personas condenadas a penas cortas. En toda Europa se detectan dos problemas: la escasa duración de la pena llevará a que muchas personas no tengan un plan de ejecución de condena que les permita progresar durante su ejecución y llegar a la libertad condicional discrecional y, en segundo lugar, aun cuando estas personas lleguen a la libertad condicional, lo que sucederá en los sistemas automáticos, la falta de un plan de ejecución de condena y la escasa duración del periodo de libertad condicional, llevará a que se tienda a una libertad condicional sin supervisión y a que, en consecuencia, difícilmente esta institución pueda cumplir las funciones que se le asignan, ante personas que normalmente tendrán una problemática difícil por lo que hace a su rehabilitación y reinserción⁶⁰.

⁶⁰ DÜNKEL/WEBER, «The legal framework for prisoner resettlement and the preparation for release in prison», en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019a, pp. 386-390.

Y, por último, el sistema debe tener una válvula de escape, para evitar que, en casos excepcionales, de peligro grave de delitos graves, que no sea afrontable con la libertad condicional, esta pueda ser denegada. Sólo en tales casos resulta razonable que puedan existir medidas de supervisión y ayuda postcondena.

5. Propuesta de reforma del sistema español de libertad condicional

El modelo que propongo, para su discusión, se basa en incorporar a nuestro sistema una modalidad de libertad condicional semiautomática, que convivirá con una modalidad discrecional que, no obstante, debe ser reformada para que consiga ser un estímulo real para las personas condenadas. Dado que el sistema de libertad automático propuesto sólo tiene sentido cuando se puede realizar un acompañamiento de cierta duración en la comunidad, planteo un sistema distinto para las penas de hasta dos años de duración.

5.1. Sistema de libertad condicional semiautomático

Se trataría de que todas las personas condenadas a penas superiores a 2 años de duración cumplieran de manera obligatoria el último cuarto de su condena en libertad condicional. Esta modalidad de libertad condicional sólo operaría cuando el condenado no se hubiera beneficiado de la libertad condicional discrecional, a la que se alude en el siguiente epígrafe. Su ejecución sería obligatoriamente con supervisión y ayuda a la persona y se deberían determinar sus obligaciones (las reglas de conducta) en función de las necesidades que presentara. La libertad condicional debería ser considerada una forma de cumplimiento de condena y se alargaría hasta el final de esta. La medida podría excepcionalmente ser denegada cuando, como establece el sistema finlandés anteriormente referido, existiera un riesgo grave de comisión de delitos graves, que no fuera debidamente afrontable con las medidas de supervisión previstas. En los casos de denegación la situación debería ser revisada regularmente. Son sólo los supuestos de denegación de la libertad condicional los que deberían estar sometidos a la supervisión obligatoria postcondena⁶¹.

Con esta modalidad de libertad condicional se busca el objetivo de que el regreso a la comunidad de las personas que han pasado en prisión sea en todo caso con supervisión y ayuda, para facilitar el logro de los objetivos de reeducación y reinserción social y supone dar un sentido pleno a la configuración de la libertad condicional que hace nuestra legislación penitenciaria como cuarto grado del cumplimiento de una condena de prisión (Art. 72, 1 LOGP)⁶², realizando plenamente la idea de que una cosa es una pena de prisión y otra es el

⁶¹ Sobre el encaje entre la libertad condicional y la libertad vigilada véase SALAT, *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, 2015, y la doctrina allí citada. El problema se plantea para el caso en que la supervisión postcondena (a través de la libertad vigilada) no se haya impuesto en sentencia y por tanto no pueda haber prolongación de condena. Ello da sentido a la propuesta de autores que suscitaron que la decisión sobre la prolongación fuera decidida al final de la condena y no en el momento de la sentencia, como se hace en España. Véase el debate sobre este punto en SALAT, *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, 2015, pp. 359-360.

⁶² Véase en este sentido la crítica de CERVELLÓ (*Libertad condicional y sistema penitenciario*, 2019, p. 127) a la reforma de la libertad condicional de la L.O. 1/2015, por no ser fiel a esta concepción de la libertad condicional de la LOGP.

específico régimen de cumplimiento (cerrado, ordinario, abierto o con supervisión en libertad)⁶³.

5.2. Sistema de libertad condicional discrecional

Lógicamente para que el sistema de libertad condicional funcionara como estímulo a la reeducación y reinserción debería poderse conseguir en un periodo anterior al de la libertad automática y, siguiendo el criterio mayoritario en los países europeos podría situarse al 1/2 de la condena con carácter general, sin perjuicio de que se establecerán modalidades anticipadas para situaciones específicas.

Idealmente, el sistema discrecional debería ser la modalidad normal de alcanzar la libertad condicional, pues ello significaría que el sistema de progresión individualizado que prevé nuestra legislación funciona bien. Sin embargo, como anteriormente hemos visto, la modificación de la libertad condicional operada con la L.O 1/2015 ha generado una importante reducción en la concesión de libertades condicionales. Parece claro que la razón de la disminución se encuentra en que el nuevo sistema -al alargar el periodo de libertad condicional sobre el tiempo restante de cumplimiento de la condena y no computar el tiempo cumplido en caso de revocación- resulta menos atractivo para los condenados y una parte de ellos habrá renunciado a la libertad condicional. Es por ello que, más allá de las buenas intenciones que pudiera tener el legislador -relativas a establecer un periodo suficiente de acompañamiento en libertad- el resultado es claramente negativo, pues muchas menos personas han acabado su condena en libertad condicional. Establecer un sistema estimulante de libertad condicional significa, simplemente, como ha destacado la doctrina⁶⁴, volver al sistema anterior a la L.O 1/2015, haciendo que la duración de la libertad condicional equivalga al restante de la pena por cumplir⁶⁵.

El hecho de avanzar la modalidad ordinaria de libertad discrecional a la 1/2 de la condena tiene repercusiones sobre el resto de instituciones de nuestro sistema penitenciario dirigidas a la preparación en libertad, como son el tratamiento reeducativo en régimen ordinario y las instituciones que preceden la libertad condicional, como los permisos penitenciarios y el régimen abierto. Será importante que el plan de ejecución de condena (el Plan Individual de Tratamiento) esté estructurado para alcanzar la libertad condicional a la mitad de la condena, lo que obligará a la administración a realizar el proceso de clasificación y comenzar la intervención con mayor premura de la que exige el sistema actual.

⁶³ La idea de que no debe identificarse pena de prisión con un régimen específico de cumplimiento aparece en DÜNKEL/VAN ZYL SMIT/PADFIELD, en PADFIELD/VAN ZYL SMIT/DÜNKEL, *Release from prison. European policy and practice*, 2010, p. 397, el libro que coordinaron sobre los sistemas de libertad condicional en Europa. Estos autores ponen justamente el sistema de grados de la legislación española como un buen ejemplo de esta idea.

⁶⁴ Así CERVELLÓ (*Libertad condicional y sistema penitenciario*, 2019, p. 213), en concordancia con la crítica mayoritaria de la doctrina española, que analiza en su obra, a la regulación de la L.O. 1/2015, propone que «...la reformulación de la libertad condicional debería volver a la situación anterior...».

⁶⁵ Como se sabe el legislador español de la L.O. 1/2015 se inspiró en la legislación alemana, estableciendo un sistema semejante al existente en aquel país. Pero el sistema alemán no es dominante en Europa, donde predomina que la duración de la condicional equivalga al resto de pena que queda por cumplir (DÜNKEL/VAN ZYL SMIT/PADFIELD, en PADFIELD/VAN ZYL SMIT/DÜNKEL, *Release from prison. European policy and practice*, 2010, pp. 424-425, quienes ya advierten del problema que ha sucedido en España, indicando que periodos largos de libertad condicional pueden llevar a su rechazo).

5.3. Sistema de libertad condicional para condenados a penas cortas

Aun cuando en el marco de penas de hasta dos años de prisión pueda haber muchas situaciones distintas -no será igual las personas que cumplen una responsabilidad subsidiaria por impago de multas que los condenados a 2 años de prisión- resulta necesario plantear un sistema general para dar respuesta a estos casos, que atienda a su peculiaridad, pero que no suponga una discriminación respecto de los condenados a penas superiores a dos años. En estos casos, como antes se indicaba, la libertad condicional tendrá dificultades para cumplir las funciones que se esperan de ella y es necesario pensar en un sistema alternativo⁶⁶.

La primera idea es que, en referencia a estas penas, debería establecerse, como han planteado recientemente MARTÍ y LARRAURI⁶⁷, una preferencia por el cumplimiento inicial en régimen abierto, para lo cual podría valer una norma, propia de un sistema semiautomático por el cual sólo cuando se acreditara un riesgo grave de comisión de delitos o la persona no estuviera dispuesta someterse a los criterios de supervisión del régimen abierto cabría la clasificación inicial en segundo grado. En el caso de que la persona cumpliera la condena en tercer grado se evitaría en buena medida la desocialización propia de la pena de prisión, por lo cual al menos la función de reinserción que debe cumplir la pena de prisión sería menos crucial.

La libertad condicional discrecional debe ser aplicable, al igual que para el resto de penas, si la persona está clasificada en tercer grado una vez alcance la mitad de la condena. Es posible que la supervisión y ayuda que se lleve a cabo en la libertad condicional no tenga la duración que se requeriría, pero si la persona ha pasado un tiempo en tercer grado quizás las necesidades de la persona sean menos acuciantes.

En el caso de que la persona no llegue a la libertad condicional discrecional -porque no ha sido clasificado o porque o no ha progresado al tercer grado- se planteará la libertad condicional automática a los 3/4 de la condena. En tales casos, considero que las autoridades penitenciarias deben tener una doble opción: o bien deciden llevar a cabo un plan de supervisión y ayuda durante este periodo final de condena, en cuyo caso será una libertad condicional ordinaria, o consideran que, por el escaso tiempo que queda por cumplir, no resulta factible llevar a cabo un plan de supervisión, y entonces, como alternativa a la libertad condicional automática, debe decretarse una remisión del resto de la pena, pues no tiene sentido establecer una libertad condicional si la administración no está en condiciones de llevar a cabo la supervisión y ayuda requeridas. Esta situación no es óptima, pero se debe adoptar para garantizar una cierta igualdad con las personas a las que sí se les presta supervisión y ayuda, que están en mejores condiciones de evitar la reincidencia.

⁶⁶ La necesidad de diseñar sistemas alternativos cuando la libertad condicional no pueda cumplir sus funciones, se prescribe en la recomendación europea de libertad condicional, Rec(2003), 23, que establece, en su art. 4.b. «Si la condena de prisión es tan corta que la libertad condicional no es posible, se deben buscar otras formas para alcanzar sus finalidades». Véase defendiendo el uso del régimen abierto como una de estas alternativas: DÜNKEL/WEBER, en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, 2019a, p. 390.

⁶⁷ MARTÍ/LARRAURI, «Una defensa de la clasificación inicial de las penas cortas en régimen abierto», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 18, 2020, pp. 1 ss.

6. Conclusiones

En este trabajo se ha mostrado que la libertad condicional es una institución con muchas potencialidades para alcanzar importantes finalidades que nuestra constitución, y la legislación internacional, atribuyen al sistema penal como son la reducción de la duración del encarcelamiento, la rehabilitación de los condenados y su reinserción social. Aun sin ser concluyente, existe investigación prometedora que indica que cuando esta institución es aplicada como un instrumento para prestar una supervisión y una ayuda adecuadas a las necesidades de las personas excarceladas puede mejorar sus posibilidades de rehabilitación y de reinserción, satisfaciendo tanto un interés a la protección de la colectividad, al prevenir la reincidencia, como un interés de justicia, al ayudar a la reintegración social tras el cumplimiento de una pena de prisión.

Se ha mostrado que las potencialidades de la libertad condicional no aparecen suficientemente aprovechadas en España, pues no es esta la forma normal de regresar a la comunidad. Aun cuando la evolución en el uso de la libertad condicional ha variado y, como ha destacado críticamente la doctrina, la reciente reforma de la L.O 1/2015 ha comportado una importante reducción de su uso, en el trabajo se defiende que existen razones relativas al modelo vigente de libertad condicional que explican su aplicación limitada.

En el estudio se ha confrontado el sistema vigente en España y en otros países europeos -el modelo discrecional- con el existente mayoritariamente en los países escandinavos -el modelo automático- y se ha visto que ambos modelos tienen fortalezas y debilidades. El modelo discrecional favorece la involucración del condenado con su rehabilitación y reinserción, pero al requerir el pronóstico positivo de reinserción excluye a muchas personas. Estas personas podrán ser liberadas sin supervisión y sin ayuda y con ello se perjudicará a la protección de la sociedad y se dificultará la reintegración. El modelo automático de libertad condicional tiende a la concesión universal de la libertad condicional, pero no estimula el proceso de rehabilitación y reinserción.

El reconocimiento de virtudes y deficiencias en ambos modelos me ha llevado a proponer, desarrollando la idea que elaboramos anteriormente⁶⁸ un modelo mixto de libertad condicional en el que convivirá la libertad condicional discrecional -reformada para recuperar su rol tradicional de cuarto grado penitenciario- con una modalidad subsidiaria de carácter automático, que se aplicará, salvo excepciones tasadas, a todas las personas condenadas cuando alcancen los 3/4 de condena.

Con el sistema propuesto la libertad condicional seguirá cumpliendo su rol tradicional en el sistema progresivo de estímulo para la rehabilitación y reinserción, pero se asegurará que todas las personas que cumplen una condena de cierta duración y que presenten necesidades de rehabilitación y de reinserción sean adecuadamente supervisados y asistidos durante el período de libertad condicional.

Concluyo, respondiendo a la pregunta con la que título el trabajo, que nuestro modelo histórico de libertad condicional debe ser valorado positivamente, pero la atención a la penología europea nos puede permitir construir un sistema en que se maximicen sus potencialidades de

⁶⁸ CID/TÉBAR, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 8, 2010a, pp. 1 ss.

lograr tanto la reducción de la duración del encarcelamiento, como la rehabilitación y reinserción de las personas condenadas a prisión.

7. Bibliografía

BAULDRY, Shawn/KOROM-DJAKOVIC, Danijela/MCCLANAHAN, Wendy/MCMAKEN, Jennifer/KOTLOFF, Lauren «Mentoring formerly incarcerated adults: Insights from the ready4work reentry initiative». Field report series, New York, 2009: <https://eric.ed.gov/?id=ED507364>

BRAGA, Anthony/PIEHL, Anne/HUREAU, David, «Controlling violent offenders released to the community: an evaluation of the Boston Reentry Initiative», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 46(4), 2009, pp. 411-436.

BRANDARIZ, José Ángel, «La evolución del sistema penitenciario español, 1995-2014: transformaciones de la penalidad y modificación de la realidad», *Revista Crítica Penal y Poder*, 9, 2014, pp. 1 ss.

BRUCKMÜLLER, Karin, «Prisoner resettlement in Austria: a supportive approach», en DÜNKEL, Frieder/PRUIN, Ineke/STORGAARD, Anette/WEBER, Jonas (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 19 ss.

BRUCKMÜLLER, Karin/HOFINGER, Veronika, «Austria», en PADFIELD, Nicola/VAN ZYL SMIT, Dirk/DÜNKEL, Frieder (coords.), *Release from prison. European policy and practice*, Willan, Cullompton, 2010, pp. 49 ss.

CAPDEVILA, Manel, *Tasa de reincidencia penitenciaria 2014*, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Barcelona, 2015.

CERVELLÓ, Vicenta, *Libertad condicional y sistema penitenciario*, Tirant lo Blanch, 2019.

CHAMBERLAIN, Alyssa/GRICIUS, Matthew/WALLACE, Danielle/BORJAS, Diana/WARE, Vincent, «Parolee-Parole Officer Rapport: Does It Impact Recidivism?», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 62(11), 2018, pp. 3581 ss.

CID, José/ANDREU, Ariadna, «European criminal policy and Spanish prison practices: understanding confluences and gaps», en DAEMS, Tom/ROBERT, Luc (coords.), *Europe in prisons*, Palgrave-Macmillan, London, 2017, pp. 255 ss.

CID, José/CONTRERAS, María, «Interview with Ramon Parés, former director of the Catalan Prison System», en HENDERSON HURLEY, Martha/DAS, Dilip (coords.), *Trends in corrections: Interviews with corrections leaders around the world*, II, Boca Raton: CRC Press, 2014, pp. 77 ss.

CID, José/MARTÍ, Joel, «Structural factors and pathways to desistance: research in Spain», en SHAPLAND, Joana/BOTTOMS, Anthony/FARRALL, Stephen (coords.), *Global perspectives in desistance*, Routledge, London, 2016, pp. 62 ss.

CID, José/MARTÍ, Joel, «Imprisonment, social support and desistance: A theoretical approach to pathways of desistance and persistence for imprisoned men», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 61(13), 2017, pp. 1433 ss.

CID, José/TÉBAR, Beatriz, «La revocación del tercer grado ¿una práctica legítima?», *Cuadernos de Política Criminal*, 114, 2014, pp. 199 ss.

CID, José/TÉBAR, Beatriz, «Delincuentes de alto riesgo y libertad condicional», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 8, 2010, pp. 1 ss.

CID, José/TÉBAR, Beatriz, «Spain», en PADFIELD, Nicola/VAN ZYL SMIT, Dirk/DÜNKEL, Frieder (coords.), *Release from prison. European policy and practice*, Willan, Cullompton, 2010, pp. 358 ss.

CHOUHY, Cecilia/CULLEN, Francis/LEE, Heejin, «A social support theory of desistance», *Journal of Developmental and Life Course Criminology*, 6(2), 2020, pp. 204 ss.

CLARK, Valerie, «Making the most of second chances: an evaluation of Minnesota's high-risk revocation reduction reentry program», *Journal of Experimental Criminology*, 11, 2015 pp. 193 ss.

COCHRAN, Joshua/MEARS, Daniel/BALES, William/STEWART, Eric, «Does inmate behaviour affect post-release offending? Investigating the misconduct-recidivism relationship among youth and adults», *Justice quarterly*, 31(6), 2014, pp. 1044 ss.

CULLEN, Francis, «Social support as an organizing concept for criminology: Presidential address to the Academy of Criminal Justice Sciences», *Justice Quarterly*, 11(4), 1994, pp. 204 ss.

DOWDEN, Craig/ANDREWS, Donald, «The Importance of Staff Practice in Delivering Effective Correctional Treatment: A Meta-Analytic Review of Core Correctional Practice», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 48(2), 2004, pp. 203 ss.

DÜNKEL, Frieder/PRUIN, Ineke, «Germany», en PADFIELD, Nicola/VAN ZYL SMIT, Dirk/DÜNKEL, Frieder (coords.), *Release from prison. European policy and practice*, Willan, Cullompton, 2010, pp. 185 ss.

DÜNKEL, Frieder/PRUIN, Ineke/STORGAARD, Anette/WEBER, Jonas, «Comparable aims and different approaches. Prisoner resettlement in Europe-concluding remarks», en DÜNKEL, Frieder/PRUIN, Ineke/STORGAARD, Anette/WEBER, Jonas (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 481 ss.

DÜNKEL, Frieder/WEBER, Jonas, «The legal framework for prisoner resettlement and the preparation for release in prison», en DÜNKEL, Frieder/PRUIN, Ineke/STORGAARD, Anette/WEBER, Jonas (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019a, pp. 383 ss.

DÜNKEL, Frieder/WEBER, Jonas, «(Early) release, probation and collateral consequences (directives) after release», en DÜNKEL, Frieder/PRUIN, Ineke/STORGAARD, Anette/WEBER, Jonas (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019b, pp. 403 ss.

DÜNKEL, Frieder/VAN ZYL SMIT, Dirk/PADFIELD, Nicola, «Concluding thoughts», en PADFIELD, Nicola/VAN ZYL SMIT, Dirk/DÜNKEL, Frieder (coords.), *Release from prison. European policy and practice*, Willan, Cullompton, 2010, pp. 395 ss.

DUWE, Grant/JOHNSON, Byron, «The effects of prison visits from community volunteers on offender recidivism», *The Prison Journal*, 96(2), 2016, pp. 279 ss.

ELLIS, Tom/MARSHALL, Peter, «Does parole work? A post-Release comparison of reconviction rates for paroled and non-paroled prisoners», *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 33, 2000, pp. 300 ss.

GUISASOLA, Cristina, *La libertad condicional. Nuevo régimen jurídico conforma a la LO 1/2015 CP*, Tirant lo Blanch, 2017

HERZOG-EVANS, Martine, «Manegerialism, ‘get off your boots’ and the facto not-for-profit privatization in prisoner resettlement in France», en DÜNKEL, Frieder/PRUIN, Ineke/STORGAARD, Anette/WEBER, Jonas (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 128 ss.

HOLZER, Harry, «Collateral costs: effects of incarceration on employment and earnings among young workers», en RAPHAEL, Steven/STOLL, Michael (coord.), *Do prisons make us safer?*, Russell Sage Foundation, New York, 2009, pp. 239 ss.

IBÁÑEZ, Aina, «Progresar hacia el régimen abierto: la visión de los profesionales», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 17, pp. 1-28.

JOHNSEN, Berit/FRIDHOV, Inger, «Offender resettlement in Norway. Positive principles – challenging practice», en DÜNKEL, Frieder/PRUIN, Ineke/STORGAARD, Anette/WEBER, Jonas (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 252 ss.

JONSON, Cheryl/CULLEN, Francis, «Prisoner reentry programs», *Crime and Justice. An annual review of Research*, 44, 2015, pp. 517 ss.

LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio, «Prisoner resettlement in Finland», en DÜNKEL, Frieder/PRUIN, Ineke/STORGAARD, Anette/WEBER, Jonas (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 104 ss.

LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio, «Finland», en PADFIELD, Nicola/VAN ZYL SMIT, Dirk/DÜNKEL, Frieder (coords.), *Release from prison. European policy and practice*, Willan, Cullompton, 2010, pp. 135 ss.

LINDQUIST, Christine/LATTIMORE, Pamela/WILLISON, Janeen/STEFFEY, Danielle/STAHL, Mindy/SCAGGS, Sam/WELSH-LOVEMAN, Jeremy/EISENSTAT, Joshua/EISENSTAT, Jeremy, *Cross-Site Evaluation of the Bureau of Justice Assistance FY 2011 Second Chance Act Adult Offender Reentry Demonstration Projects: Final Report*, 2018: <https://csgjusticecenter.org/nrrc/topics/community-supervision-probation-and-parole/>

MARTÍ, Marta/LARRAURI, Elena, «Una defensa de la clasificación inicial de las penas cortas en régimen abierto», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 18, 2020, pp. 1 ss.

MCIVOR, Gill/GRAHAM, Hannah/MCNEILL, Fergus, «Prisoner resettlment in Scotland», en DÜNKEL, Frieder/PRUIN, Ineke/STORGAARD, Anette/WEBER, Jonas (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 278 ss.

NAVARRO, Carmen, *Ejecución de la pena privativa de libertad. Garantías procesales*, J.M. Bosch, Barcelona, 2002.

PADFIELD, Nicola, «Prisoner resettlement in England and Wales», en DÜNKEL, Frieder/PRUIN, Ineke/STORGAARD, Anette/WEBER, Jonas (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 86 ss.

PADFIELD, Nicola, «England and Wales», en PADFIELD, Nicola/VAN ZYL SMIT, Dirk/DÜNKEL, Frieder (coords.), *Release from prison. European policy and practice*, Willan, Cullompton, 2010, pp. 104 ss.

PEDROSA, Albert, «¿A quién dejamos atrás?», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 17, 2018, pp. 1 ss.

PERSSON, Anders/SVENSSON, Kerstin, «Prisoner resettlement in Sweden», en DÜNKEL, Frieder/PRUIN, Ineke/STORGAARD, Anette/WEBER, Jonas (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 328 ss.

PETERSILIA, Joan, *When Prisoners come Home. Parole and Prisoner Reentry*, Oxford University Press, 2003.

PRUIN, Ineke, «Prisoner resettlement in Germany. Regional disparities of the constitutional aim of social reintegration», en DÜNKEL, Frieder/PRUIN, Ineke/STORGAARD, Anette/WEBER, Jonas (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 150 ss.

REDCROSS, Cindy/BLOOM, Dan/AZURDIA, Gilda/ZWEIG, Janine/PINDUS, Nancy, *Transitional jobs for ex-prisoners. Implementation of two-year impacts and Cost of the center for employment opportunities (CEO) prisoner reentry program*. MDCR Working paper, 2009.

ROLDÁN, Horacio, «El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12, 2010, pp. 1 ss.

SALAT, Marc, *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

SAMPSON, Robert/LAUB, John, *Crime in the making: Pathways and turning points through life*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

SCHLAGER, Melinda/ROBBINS, Kelly, «Does parole work? Revisited: reframing the discussion of the impact of postprison supervision on offender outcome», *The prison Journal*, 88, 2008, pp. 234 ss.

SHEIRS, Veerle/BEYENS, Kristel, «Prisoner resettlement in Belgium: also a responsibility of civil society», en DÜNKEL, Frieder/PRUIN, Ineke/STORGAARD, Anette/WEBER, Jonas (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 37 ss.

SNACKEN, Sonja/BEYENS, Kristel/BEERNAERT, Marie-Aude, «Belgium», en PADFIELD, Nicola/VAN ZYL SMIT, Dirk/DÜNKEL, Frieder (coords.), *Release from prison. European policy and practice*, Willan, Cullompton, 2019, pp. 104 ss.

SOCIAL EXCLUSION UNIT, *Reducing re-offending by ex-prisoners*, Reino Unido, 2002: <http://www.ihop.org.uk/ci/fattach/get/59/0/session/L2F2LzEvdGltZS8xNTIwOTMxOTA0L3NpZC9HSWNobHZlbg==/filename/Reducing+re-offending+by+ex-prisoners.pdf>

SOLOMON, Amy/KACHNOWSKY, Vera/BHATI, Avi, *Does parole work? Analyzing the impact of postprison supervision on rearrests outcomes*, The Urban Institute, Washington DC, 2005.

SOYER, Michaela, «The imagination of desistance. A juxtaposition of incarceration as a turning point and the reality of recidivism», *British Journal of Criminology*, 54, 2014, pp. 91 ss.

STORGAARD, Anette, «Resettlement in a Danish context», en DÜNKEL, Frieder/PRUIN, Ineke/STORGAARD, Anette/WEBER, Jonas (coords.), *Prisoner resettlement in Europe*, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 70 ss.

TÉBAR, Beatriz, *El modelo español de libertad condicional*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

VAN ZYL SMIT, Dirk/SNACKEN, Sonja, *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights*, Oxford University Press, 2009.

VAN ZYL SMIT, Dirk/WEATHERBY, Pete/CREIGHTON, Simon, «Whole Life Sentences and the Tide of European Human Rights Jurisprudence: What Is to Be Done?», *Human Rights Law Review*, 14, 2014, pp. 59 ss.

ZHANG, Sheldon/ROBERTS, Robert/CALLANAN, Valerie, «Preventing parolees from returning to prison through community-based reintegration», *Crime and delinquency*, 52, 2006, pp. 551 ss.

Peticiones y quejas de las personas presas *Un primer acercamiento desde la normativa penitenciaria*

Sumario

-
En este artículo queremos analizar la regulación del régimen de peticiones y quejas que la normativa penitenciaria pone a disposición de las personas presas. Se trata de un primer acercamiento que sirva para realizar el encuadre normativo del tema y como introducción teórica al más amplio estudio empírico que se está desarrollando. Para ello, en primer lugar, describiremos brevemente los derechos reconocidos en el ámbito penitenciario, entre los que se encuentra la posibilidad de realizar peticiones y quejas. A continuación describiremos la regulación de los instrumentos internacionales que nos afectan y el mecanismo de peticiones y quejas establecido en la LOGP y en el RP, su regulación, el ámbito objetivo, los procedimientos y los órganos competentes. Por último, trataremos de realizar algunas conclusiones y propuestas de mejora.

Abstract

-
This article analyses how requests and complaints of prisoners are regulated in Spanish prisons. This study will help to frame these rules and will introduce the theory behind ongoing empirical studies. Firstly, we describe prisoners' rights in Spanish prisons. Secondly, we describe the international regulations regarding requests and complaints. Thirdly we focus on the requests and complaints procedure established by the LOGP and the RP. Lastly, we present our findings and recommendations.

Title: *Requests and complaints of prisoners in Spanish prisons*

-
Palabras clave: *quejas, peticiones, prisión, calidad de vida, derecho penitenciario*
Keywords: *complaints, requests, prison, quality of life, penitentiary law*

-
DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.09

4.2021

Recepción
10/08/2021

Aceptación
04/10/2021

Índice

-
- 1. Introducción**
- 2. Los derechos de las personas presas y sus garantías**
 - 2.1. Los derechos constitucionales y la relación de sujeción especial
 - 2.2. Los derechos reconocidos en la legislación penitenciaria
- 3. Los instrumentos internacionales**
 - 3.1. Los estándares mínimos de Naciones Unidas
 - 3.2. Las Reglas Penitenciarias Europeas
- 4. El mecanismo de peticiones y quejas en el Derecho penitenciario español**
 - 4.1. ¿De qué se pueden quejar las personas presas?
 - 4.2. ¿A quién pueden dirigirse?
 - 4.3. ¿Cuál es el procedimiento?
 - 4.4. La intervención del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria
- 5. Conclusiones. Las peticiones y quejas como derecho y como garantía**
 - 5.1. ¿Dónde estamos?
 - 5.2. La importancia de contar con un mecanismo de P+Q adecuado.
 - 5.3. Algunas claves para un mecanismo realmente eficaz
 - 5.4. Un primer esbozo para una propuesta
- 6. Bibliografía**

-

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

1. Introducción*

En este artículo queremos analizar la regulación del régimen de peticiones y quejas (en adelante, P+Q) que la normativa penitenciaria pone a disposición de las personas presas. Se trata de un primer acercamiento que sirva para realizar el encuadre normativo del tema y como introducción teórica al más amplio estudio empírico que se está realizando.

La materia ha sido objeto de atención por la doctrina penitenciaria en muy contadas ocasiones y, normalmente, para ocuparse de las problemáticas procesales que la confusa regulación del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (en adelante, JVP) provoca.¹ Sin embargo, poco o nada se ha dicho sobre el recorrido de las peticiones y quejas de la población reclusa en el interior de la Administración penitenciaria, sobre el contenido de estas o las formas de interposición y resolución de las mismas.

En el ámbito internacional sí podemos encontrar estudios sobre los procedimientos para que la población reclusa realice peticiones o reclamaciones sobre la vida en prisión, pudiendo destacar los trabajos referidos al Reino Unido² o a Estados Unidos³.

En nuestro Estado vamos contando cada vez más con investigaciones empíricas en prisión, pudiendo destacar, entre las más recientes, las relacionadas con la percepción de la población reclusa sobre su calidad de vida,⁴ el rol de los funcionarios⁵ o los factores de normalización y reinserción⁶. Una recopilación de las más relevantes investigaciones podemos verla en MARTÍ con algunas incorporaciones en CUTIÑO *et al.*⁷ De todas ellas podemos deducir factores o asuntos que afectan o condicionan la vida en prisión, problemas que pueden preocupar a los internos y que podrían motivar sus reclamaciones. Tal vez de los estudios más generales como los de RÍOS

* Para contactar con el autor: scutray@upo.es. El artículo forma parte del Proyecto de Investigación «Mecanismos de Petición y Queja: Participación, Calidad de Vida y Legitimidad en Prisión PID2019-105042RB-I00», liderado por la profesora Elena Larrauri Pijoan. Debo agradecer a la profesora Larrauri los consejos, revisiones e inestimables aportaciones a este trabajo. Los errores que puedan contenerse son exclusiva responsabilidad del autor.

¹ SOLAR, *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, 2019, pp. 179 ss.

² BEHAN/KIRKHAM. «Monitoring, inspection and complaints adjudication in prison: the limits of prison accountability frameworks», *The Howard Journal of Crime and Justice* 55(4), 2016, pp. 432-454; BIRKINSHAW. «The Closed Society: Complaints Mechanisms and Disciplinary Proceedings in Prisons» *Northern Ireland Legal Quarterly*, 32, 1981, pp. 117-157; DOUGLAS. «Dealing with Prisoners' Grievances» *British Journal of Criminology*, 24(2), 1984, pp. 150-167.

³ BIERIE. «Procedural justice and prison violence: Examining complaints among federal inmates (2000-2007)», *Psychology, Public Policy and Law*, 19(1), 2013, p.15; CALAVITA/JENNES. «Inside the Pyramid of Disputes: Naming Problems and Filing Grievances in California Prisons» *Social Problems*, 60(1), 2013, pp. 50-80.

⁴ RODRÍGUEZ-MENÉS/LARRAURI/GÜERRI. «Percepción de la calidad de vida en prisión. La importancia de una buena organización y un trato digno.» *Revista Internacional de Sociología*, 76(2), 2018; POZO-CUEVAS/NAVARRO-ARDOY/NAKAHIRA/CUTIÑO. «Cara a cara con la cárcel. La visión de los presos sobre sus condiciones de custodia y resocialización en un centro penitenciario.» *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 16, 2018.

⁵ GÜERRI. *De carceleros y ayudantes. El rol de los funcionarios de interior en los centros penitenciarios españoles*, 2020.

⁶ CID/PEDROSA/NAVARRO. «La experiencia del encarcelamiento en España.» *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 24, 2020, pp. 161-192.

⁷ MARTÍ, «El estudio de la calidad de vida en prisión, una revisión bibliográfica de la investigación en España y principales planteamientos internacionales», *InDret*, 3, 2017, pp. 1-34; CUTIÑO *et al.*, «Percepción de los internos en prisión sobre sus relaciones con los funcionarios según el módulo de residencia.» *Revista General de Derecho Penal*, 31, 2019.

MARTÍN/CABRERA CABRERA o GALLEGO *et al.* son de los que más claramente podemos extraer temas concretos que resultan relevantes en la vida de las personas presas.⁸ Sin embargo, ninguno de los trabajos anteriores se dedica directamente a analizar los procedimientos disponibles en el ámbito penitenciario para encauzar las reclamaciones y solicitudes de los internos ni específicamente al mecanismo de P+Q previsto en la normativa. De la misma manera, salvo obras más generales sobre Derecho penitenciario o manuales que realizan alguna referencia al tema,⁹ no conocemos de la existencia de trabajos teóricos ni análisis jurídicos específicamente dirigidos a este instrumento.

El proyecto de investigación en el que se inscribe el trabajo aquí presentado está dirigido al estudio de estos mecanismos de petición y queja de la población penitenciaria desde distintas perspectivas. En concreto, de manera sucinta, podríamos resaltar tres objetivos del mismo:

- Conocer cuáles son las peticiones y quejas que realiza la población reclusa, tratando de describir, de esta forma, los aspectos que más preocupan o afectan a la vida en prisión.
- Analizar el funcionamiento del propio mecanismo de peticiones y quejas y las respuestas de la Administración Penitenciaria.
- Estudiar la supervisión que lleva a cabo la jurisdicción de vigilancia penitenciaria de estas respuestas administrativas a las peticiones y quejas presentadas.

Entendemos que el buen funcionamiento de estos mecanismos, la buena gestión de las reclamaciones que realiza la población reclusa y una respuesta adecuada a las mismas podría contribuir a una mejora de la percepción de la población sobre su calidad de vida y, por ello, de la legitimidad, reduciendo los conflictos. Además, esto podría ayudar en la descongestión de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria al resolver las reclamaciones de las personas presas de manera adecuada, ágil y eficaz.

El artículo intenta realizar una primera aproximación, que entendemos necesaria, a la normativa penitenciaria. No estamos sólo ante una descripción legislativa a efectos informativos, sino que resulta imprescindible presentar las contradicciones y la precariedad de esta regulación para poder explicar los problemas que nos estamos encontrando al tratar de delimitar el objeto de estudio, intentar obtener la información sobre estas peticiones y quejas y diferenciarlas de otros procedimientos para exigir los derechos de las personas en prisión.

Dentro del marco de este proyecto de investigación y, en función de los objetivos descritos, ya se ha publicado un primer trabajo sobre la supervisión de la prisión que nos señala el marco teórico en el que queremos movernos¹⁰ y están pendientes de ser publicados algunos otros analizando el contenido de las P+Q, las opiniones de los letrados que asisten a la población reclusa, la percepción de los internos o la perspectiva de los JVP. El artículo actual trata de sistematizar la regulación penitenciaria que pueda afectar a los instrumentos con los que cuenta la población reclusa para realizar sus reclamaciones. Para ello, en primer lugar, describiremos brevemente los derechos reconocidos en el ámbito penitenciario, entre los que se encuentra la posibilidad de realizar peticiones y quejas. En el apartado tercero describiremos la regulación de los

⁸ RÍOS MARTÍN/CABRERA CABRERA, *Mil voces presas*, 1998; CABRERA CABRERA/RÍOS MARTÍN, *Mirando el abismo. El régimen cerrado*, 2002; GALLEGO/CABRERA CABRERA/RÍOS MARTÍN/SEGOVIA, *Andar 1km en línea recta*, 2010.

⁹ CERVELLÓ, *Derecho penitenciario*, 4ª edición, 2016, pp. 182 ss.

¹⁰ LARRAURI, «La supervisión de la prisión. Derechos de los presos y calidad de vida», *InDret*, 3, 2021.

instrumentos internacionales que nos afectan y en el cuarto nos centraremos en el mecanismo de P+Q establecido en la LOGP y en el RP, su regulación, el ámbito objetivo, los procedimientos y los órganos competentes. Por último, presentaremos algunas conclusiones y unas provisionales propuestas de mejora.

2. Los derechos de las personas presas y sus garantías

2.1. Los derechos constitucionales y la relación de sujeción especial

El artículo 25.2 CE establece que las personas presas gozarán de todos los derechos reconocidos en el texto constitucional excepto los que puedan verse afectados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. No es este el lugar para un análisis más profundo del contenido de este precepto ni de sus implicaciones en el ámbito penitenciario, aunque es necesario hacer algunas rápidas consideraciones.

En principio, la población reclusa tiene reconocidos sus derechos constitucionales de manera parecida al resto de la sociedad. Como dice la propia Exposición de Motivos de la LOGP, «el principio inspirador del cumplimiento de las penas privativas de libertad será la consideración de que el interno es sujeto de derechos y no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma». Por ello, se reconocen una serie de derechos que la Administración penitenciaria tiene el deber de tutelar y garantizar. De ahí la importancia de que esta Administración cuente con instrumentos para realizar dicha labor de tutela y garantía, supervisando que estos derechos son respetados. Como hemos visto, el art. 25.2 CE tan solo señala tres posibles límites a este reconocimiento de derechos: el contenido del fallo, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. De la interpretación que hagamos del contenido de estas tres indicaciones (sobre todo de la segunda de ellas, de carácter más subjetivo) va a depender en gran medida la mayor o menor extensión que demos al estatus jurídico del interno, a la protección de sus derechos y, por tanto, a sus posibilidades de reclamación o impugnación. El art. 3.1 LOGP describe esta fuente de limitación de los derechos como aquellos que sean incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena.

La interpretación jurisprudencial ha usado estos términos para incluir como límites a los derechos de la población reclusa razones como la defensa del orden, la necesidad de prevenir delitos o el interés del tratamiento penitenciario, entre otros.¹¹ A esto habría que añadir el concepto de «derechos de aplicación progresiva, desarrollado por el TC para justificar la inefectividad ¿temporal? de ciertos derechos¹² y, con mayor repercusión en nuestro objeto de estudio, la «relación de sujeción especial».¹³ Nuestro TC ha entendido que esta es la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre la población interna y la Administración penitenciaria, a pesar de que nada se dice en nuestra normativa sobre el particular. Ello ha sido

¹¹ RIVERA, La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos: la construcción de un ciudadano de segunda categoría, 1997.

¹² Ver, por ejemplo, la STC 17/1993, de 18 de enero, en lo que se refiere al derecho al trabajo reconocido también en el art. 25.2 CE.

¹³ LASAGABASTER, *Las relaciones de sujeción especial*, 1994; SOLAR, «Análisis de dos resoluciones revolucionarias. Las SSTC de 27 de enero y 10 de febrero de 2020», *La Ley Penal*, 144, 2020, pp. 1-20.

así desde sus primeras sentencias¹⁴ hasta las más actuales¹⁵ y va a afectar en el ámbito penitenciario tanto al principio de legalidad como al ejercicio de los derechos y sus mecanismos de protección y garantía.

A todas estas razones deberíamos añadir la existencia de un derecho procesal escaso y confuso y la propia realidad de los centros penitenciarios. Todo esto justifica que algunos autores hablen de la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría.¹⁶ Esta situación conforma uno de los factores más importantes (tal vez el propio marco en el que se mueven todos los demás) para la restricción de derechos y el descuido de los intereses de la población reclusa, así como la precariedad de los mecanismos de defensa y queja.

2.2. Los derechos reconocidos en la legislación penitenciaria

Además de los derechos establecidos constitucionalmente, la normativa penitenciaria también reconoce expresamente una serie de derechos para las personas internas en establecimientos penitenciarios. La LOGP no contiene ningún Título específico para este tema, aunque en el Título preliminar podemos ver algunas referencias y, de la lectura del resto del texto, podríamos ir deduciendo una serie de derechos e intereses que deberían formar parte del estatus jurídico de la persona privada de libertad.

Así, del reconocimiento de la finalidad resocializadora (art. 1) y, de manera más clara, de la afirmación de que «La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena (...)» (art. 3) se derivarían una serie de consecuencias relacionadas con la necesidad de mantener unos estándares mínimos de calidad de vida en prisión, de reconocimiento de derechos e intereses o de protección de la dignidad. Estas se vincularían, de una manera al menos instrumental, con la necesidad de disponer de una serie de mecanismos que aseguren que la población reclusa pueda exigir el cumplimiento de estos mínimos, pueda quejarse por las situaciones o decisiones administrativas que les afecten o solicitar la mejora de sus condiciones para conseguir un reconocimiento pleno de sus derechos.

En este mismo Título preliminar, se reconoce en el art. 3.2 que «Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena». Se realiza aquí un reconocimiento genérico a todos los derechos de forma similar a como hemos visto en el texto constitucional, con una redacción algo diferente y, a nuestro juicio, más precisa aunque aún necesitada de concreción en lo que se refiere a la posibilidad de

¹⁴ Ver SSTC 120/1990, 137/1990 y 67/1991.

¹⁵ En la STC 6/2020 de 27 de enero, en la que se analiza la libertad de expresión e información de un interno al que se denegó la comunicación con un periodista, se identifican los límites que hemos visto del art. 25.2 con la existencia de una relación de sujeción especial (F.J. 3.A) aunque ya sí se reconoce que debe existir una previsión legal que sirva de base para la limitación de estos derechos (FJ, 3.A.b). Las consecuencias de esta sentencia en la forma de entender la relación de sujeción especial pueden verse en SOLAR, «Análisis de dos resoluciones revolucionarias. Las SSTC de 27 de enero y 10 de febrero de 2020», *La Ley Penal*, nº144, 2020, pp. 1-20.

¹⁶ RIVERA. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos: la construcción de un ciudadano de segunda categoría*, 1997.

establecer límites¹⁷. Además, también en este artículo y en el sexto se reconocen algunos derechos concretos, lo que parece otorgarles un significado especial dentro de todo el catálogo: «vida, integridad y salud» (art. 3.4), «ser designado por su propio nombre» (art. 3.5) y no ser «sometido a malos tratos de palabra o de obra» (art. 6).

El Reglamento Penitenciario (RP) es más claro y directo en el asunto. Dentro del Título I «Disposiciones Generales», recoge un Capítulo II expresamente dirigido a los «Derechos y deberes de los internos. Así, el art. 4, tras indicar en su primer apartado que «la actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad de los internos y los derechos e intereses legítimos de los mismos no afectados por la condena (...)», en su apartado 2 nos ofrece un listado de los derechos que «tendrán» las personas reclusas. Podemos ver contemplados expresamente el derecho a la vida, integridad y salud (a), el derecho al respeto a la dignidad y la intimidad (b), el derecho al ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales (c) y el derecho a un trabajo remunerado (f), todos ellos ya reconocidos directamente por la Constitución¹⁸. En las siguientes letras del art. 4.2 RP se recogen otra serie de derechos que, aunque en algunos casos podamos relacionar con otros intereses protegidos constitucionalmente, no son propiamente derechos fundamentales sino creados por el propio legislador penitenciario. De cualquier manera, ello no debería privarles de fuerza ni ser devaluados a simples beneficios de concesión discrecional por parte de la Administración, como sucede en ocasiones.

Aquí encontramos los siguientes:

- d) Derecho de los penados al tratamiento penitenciario y a las medidas que se les programen con el fin de asegurar el éxito del mismo.
- e) Derecho a las relaciones con el exterior previstas en la legislación.
- g) Derecho a acceder y disfrutar de las prestaciones públicas que pudieran corresponderles.
- h) Derecho a los beneficios penitenciarios previstos en la legislación.
- i) Derecho a participar en las actividades del centro.
- j) Derecho a formular peticiones y quejas ante las autoridades penitenciarias, judiciales, Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal, así como a dirigirse a las autoridades competentes y a utilizar los medios de defensa de sus derechos e intereses legítimos a que se refiere el capítulo V del Título II de este Reglamento.
- k) Derecho a recibir información personal y actualizada de su situación procesal y penitenciaria.

¹⁷ Podríamos entender que, en el reconocimiento a los derechos políticos, se incluiría el de petición individual y colectiva (art. 29 CE) aunque al hacer, como veremos, el art. 4.2 j RP una referencia explícita al derecho a formular peticiones y quejas, podríamos pensar que el mundo penitenciario estaría excluido del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición, en virtud del art. 3 que establece que «No son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la presente Ley.» Aunque, como veremos, no existe un procedimiento correctamente desarrollado en la legislación penitenciaria, podríamos entender que el derecho de petición de las personas presas puede ejercerse a través de los trámites establecidos en esta normativa propia y no en aplicación directa del derecho de petición constitucional.

¹⁸ El derecho a la vida, a la integridad y a la salud se reconoce en el art. 15 CE, la dignidad de la persona se reconoce como un fundamento del orden político en el art. 10 CE, el derecho a la intimidad en el art. 18 CE, el derecho al trabajo remunerado y a los beneficios de la Seguridad Social se reconoce para las personas privadas de libertad en el propio art. 25.2 CE y la referencia a los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales la entendemos referida al resto de derechos de este tipo reconocidos a lo largo del texto constitucional.

Como vemos, el art. 4.j. RP reconoce el derecho a formular peticiones y quejas ante las autoridades penitenciarias, judiciales, Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal, así como a dirigirse a las autoridades, y remite al Capítulo V «Información, quejas y recursos», del Título II «De la organización general», para su regulación¹⁹.

En resumen, contamos con un catálogo de derechos, con la afirmación de que los internos son sujetos de derecho en plenitud de condiciones y siguen formando parte de la sociedad (aunque con las restricciones legales que hemos mencionado) y contamos entre estos derechos con uno específico para petitionar o reclamar a las autoridades competentes en defensa de sus derechos e intereses legítimos. El procedimiento para poner en marcha estos instrumentos de defensa sería, en principio, el regulado en el Capítulo V del Título II RP.

Por último, en el extenso Título II de la LOGP referido al régimen penitenciario, encontramos un Capítulo VII llamado «Información, quejas y recursos» aunque de contenido muy reducido. Así, en el art. 50 se reconoce este derecho: «Los internos tienen derecho a formular peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento ante el Director o persona que lo represente» (art. 50.1) y se realizan algunas indicaciones procedimentales, como veremos más adelante. Por tanto, también se regula un instrumento para la protección de estos intereses además de la creación del JVP a la que se dedica un título completo (Título V, arts. 76 y ss.) y que se configura en nuestro sistema penitenciario como el elemento clave en la defensa de los derechos de la población reclusa y la supervisión de la actuación administrativa.

Por consiguiente, aparece claramente consagrado en nuestra normativa la existencia de un derecho de las personas presas a formular peticiones y quejas a las autoridades sobre asuntos de su competencia. Además, se trata de un «derecho instrumental» que permite hacer valer el resto de los derechos de los presos, lo que hace que su estudio sea especialmente relevante para determinar cuáles son los asuntos que más interés o preocupación despiertan en la población reclusa y como de eficaz es la defensa de los derechos reconocidos legalmente.

3. Los instrumentos internacionales

Las P+Q se reconocen como derecho, no solo en la LOGP y en el RP sino también en la normativa internacional. Podemos encontrar este reconocimiento en varios instrumentos internacionales firmados por España pero vamos a detenernos en el análisis y la evolución de los dos más relevantes, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, que constituyen unos estándares mínimos fijados por Naciones Unidas a nivel mundial, y las Reglas Penitenciarias Europeas que se circunscribirían al ámbito de los países del Consejo de Europa. Posteriormente, tendríamos que comprobar si nuestra normativa interna cumple satisfactoriamente con estos estándares internacionales.

¹⁹ Al usar la expresión «así como» y la conjunción «y» entre la referencia a las peticiones y quejas y la referencia a la posibilidad de utilizar los medios de defensa de sus derechos e intereses legítimos», podría parecer que la remisión al capítulo V del Título II solo se aplicara a estos últimos y que estamos ante dos derechos diferentes que necesitan procedimientos específicos. Sin embargo, la regulación de este capítulo, que se refiere a las peticiones y quejas expresamente, restaría sentido a esta interpretación literal, por lo que debemos achacarlo a un simple problema de redacción.

3.1. Los estándares mínimos de Naciones Unidas

En las originales Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas por el Consejo Económico y Social en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1955, ya se contenía un apartado de *Información y derecho a queja de los reclusos* que incluía las reglas 35 a 39²⁰. En la regla 35 se regulaba el derecho de los internos a recibir información escrita sobre el régimen y las reglas disciplinarias, así como «*los medios autorizados para informarse y formular quejas*». La regla 36 recogía específicamente el derecho a presentar peticiones y quejas:

36.1) Todo recluso deberá tener en cada día laborable la oportunidad de presentar peticiones o quejas al director del establecimiento o al funcionario autorizado para representarle.

36.2) Las peticiones o quejas podrán ser presentadas al inspector de prisiones durante su inspección. El recluso podrá hablar con el inspector o con cualquier otro funcionario encargado de inspeccionar, sin que el director o cualquier otro recluso miembro del personal del establecimiento se hallen presentes.

36.3) Todo recluso estará autorizado para dirigir por la vía prescrita sin censura en cuanto al fondo, pero en debida forma, una petición o queja a la administración penitenciaria central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente.

36.4) A menos que una solicitud o queja sea evidentemente temeraria o desprovista de fundamento, la misma deberá ser examinada sin demora, dándose respuesta al recluso en su debido tiempo.

Así, podemos ver que se preveían tres instrumentos diferenciados para hacer llegar las reclamaciones. En primer lugar, la oportunidad de presentar P+Q en un procedimiento interno del propio establecimiento penitenciario, pudiendo dirigirse el interno al director del centro o al funcionario que lo represente (36.1). Una segunda herramienta sería acudir al inspector de prisiones durante las inspecciones que se realicen (36.2). Este mecanismo de supervisión, previsto en la regla 55, sería el encargado de inspeccionar regularmente los establecimientos y servicios penitenciarios y velar por que estos se conduzcan conforme a la normativa y con la finalidad de alcanzar sus objetivos²¹. Es decir, estaba previsto un mecanismo de supervisión de la actividad penitenciaria que constituiría otra forma de protección y defensa de los derechos de las personas presas pero al que, además, se podrían dirigir directamente P+Q en el curso de sus periódicas inspecciones. En tercer lugar, también se prescribía que se autorizara a la población reclusa a dirigir directamente sus P+Q a la administración penitenciaria central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente (36.3). Por tanto, y siempre que se respetaran los requisitos formales, el interno debía tener acceso a otras autoridades de control y supervisión más allá de los órganos internos del establecimiento penitenciario. En este caso se establecía además que no podía haber «censura en cuanto al fondo», por lo que podía elevarse a estas autoridades cualquier reclamación sobre cualquier tema y (se entiende que) los órganos o personas que la recibieran deberían haberla remitido a estas autoridades sin posibilidad de controlar el asunto en concreto al que se hubiese referido.

²⁰ <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/treatmentofprisoners.aspx>

²¹ «55. Inspectores calificados y experimentados, designados por una autoridad competente, inspeccionarán regularmente los establecimientos y servicios penitenciarios. Velarán en particular por que estos establecimientos se administren conforme a las leyes y los reglamentos en vigor y con la finalidad de alcanzar los objetivos de los servicios penitenciarios y correccionales.»

El esquema básico de esta regulación ha sido mantenido hasta la actualidad y replicado en otros instrumentos internacionales, aunque el sistema ha ido actualizándose y desarrollándose más detalladamente. Las Reglas Mandela introducen algunas novedades incluyendo en el apartado *Información y derecho de queja de los reclusos* cuatro reglas en vez de la dos anteriores y haciendo referencia a esta temática en otros lugares²². Ya en el propio preámbulo, la Asamblea General dice: «Teniendo presente que, en su resolución 68/190, tomó en consideración las recomendaciones del Grupo de Expertos relativas a aquellas cuestiones y reglas de las Reglas Mínimas que se habían seleccionado para su posible revisión, en las siguientes esferas», citando en su apartado g) «Las quejas y las inspecciones independientes (reglas 36 y 55)». Es decir, precisamente la materia que estamos tratando es una de las que se subrayan como relevantes para la revisión de las Reglas. Vemos, además, que ya en los primeros artículos, dentro del apartado de «*Gestión de los expedientes de los reclusos*», se incluye una referencia de gran importancia al tema que nos ocupa, estableciendo la Regla 8 que «En el sistema de gestión de los expedientes de los reclusos se consignará la información siguiente, según proceda, durante el período de reclusión: d) Peticiones y quejas, incluidas las denuncias de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, a menos que sean de naturaleza confidencial». Esta mención no aparece en nuestra normativa penitenciaria interna por lo que habrá que comprobar a lo largo de nuestra investigación si es respetada en la práctica de nuestro sistema penitenciario.

El grueso del contenido de la materia se regula en las Reglas Mandela de la siguiente forma:

Regla 54

Todo recluso recibirá con prontitud, en el momento de su ingreso, información escrita acerca de lo siguiente:

- a) La legislación penitenciaria y el reglamento penitenciario aplicable;
- b) Sus derechos, incluidos los métodos autorizados para informarse, el acceso a asesoramiento jurídico, incluso por medio de programas de asistencia jurídica, y los procedimientos para formular peticiones o quejas;
- c) Sus obligaciones, incluidas las sanciones disciplinarias aplicables;
- d) Toda otra cuestión necesaria para su adaptación a la vida en prisión.

Regla 56

1. Todo recluso tendrá cada día la oportunidad de presentar peticiones o quejas al director del establecimiento penitenciario o al funcionario penitenciario autorizado a representarlo.
2. Las peticiones o quejas podrán presentarse al inspector de prisiones durante sus inspecciones. El recluso podrá hablar libremente y con plena confidencialidad con el inspector o con cualquier otro funcionario encargado de inspeccionar, sin que el director ni cualquier otro funcionario del establecimiento se hallen presentes.
3. Todo recluso estará autorizado a dirigir, sin censura en cuanto al fondo, una petición o queja sobre su tratamiento a la administración penitenciaria central y a la autoridad judicial o cualquier otra autoridad competente, incluidas las autoridades con facultades en materia de revisión o recurso.
4. Los derechos a que se refieren los párrafos 1 a 3 de esta regla se extenderán al asesor jurídico del recluso. Cuando ni el recluso ni su asesor jurídico puedan ejercerlos, se extenderán a un familiar del recluso o a cualquier otra persona que tenga conocimiento del caso.

²² Resolución aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2015. Puede consultarse en: <https://undocs.org/es/A/RES/70/175>.

Regla 57

1. Toda petición o queja se examinará cuanto antes y recibirá una pronta respuesta. Si la petición o queja es desestimada, o en caso de retraso injustificado, el interesado tendrá derecho a presentarla ante un juez u otra autoridad.
2. Se contará con salvaguardias que garanticen a los reclusos la posibilidad de presentar peticiones o quejas de forma segura y, si así lo solicita el interesado, confidencial. Ni el recluso ni las personas mencionadas en el párrafo 4 de la regla 56 quedarán expuestos a represalias, intimidación u otras consecuencias negativas por haber presentado una petición o queja.
3. Las denuncias de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se tramitarán con prontitud y darán lugar a una investigación rápida e imparcial a cargo de una autoridad nacional independiente de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 de la regla 71.

La regulación actual es más detallada que la anterior, pero mantiene sus ideas fundamentales; la necesidad de disponer de mecanismos de presentación de P+Q incluyendo esa triple instancia: instrumento interno del establecimiento, inspección (organismo periódico de supervisión) y autoridades externas al centro, ya sea la propia administración penitenciaria central, la autoridad judicial u otras autoridades competentes.

En el primer mecanismo vemos poco cambio más allá de la eliminación del término «laborable» en los días en que se pueden presentar P+Q al director o al funcionario autorizado a representarle. En el segundo mecanismo al que los internos pueden elevar sus P+Q, es decir, a los inspectores cuando estén realizando esta labor de supervisión, se añaden los calificativos *libremente y con plena confidencialidad* a sumar a la idea ya prevista de que estas reclamaciones puedan realizarse sin que se halle presente otro personal penitenciario del centro. La tercera posibilidad para realizar una P+Q sí ha sufrido alguna modificación más significativa en su regulación. Se sigue manteniendo la referencia a la administración penitenciaria central, a la autoridad judicial y a otras autoridades competentes, pero se hace una mención expresa a la inclusión, entre estas, de las autoridades con facultades en materia de revisión o recurso. Por otro lado, se eliminan las alusiones a cuestiones procedimentales («por la vía prescrita», «en debida forma») lo que, a nuestro juicio, es una apuesta por la desformalización y por la flexibilidad de los trámites. Sin embargo, en cuanto al ámbito material, se cita expresamente que se trate de cuestiones «sobre su tratamiento» lo que puede generar dudas sobre si se está limitando el alcance de este instrumento al control solo de determinados asuntos. De cualquier manera, se mantiene un elemento imprescindible como es la imposibilidad de realizar una «censura en cuanto al fondo», lo que indica que debe existir algún tipo de instancia a la que puedan acudir los internos sin posibilidad de que la cuestión sea filtrada por el propio centro.

La actualización de 2015 a través de estas Reglas Mandela contiene otras novedades importantes. En la propia Regla 56, por ejemplo, se reconoce al asesor jurídico del recluso el derecho a presentar estas P+Q y, si ninguno de estos dos pudiera, también al familiar del recluso e, incluso, a cualquier otra persona que tenga conocimiento del caso (56.4). La extensión de las personas con legitimación nos parece muy acertada pues cuestiones como la propia situación de privación de libertad, el aislamiento de los establecimientos o las relaciones asimétricas de poder que se dan en el medio penitenciario, entre otras, pueden limitar las posibilidades para la presentación de la petición o queja por el interno afectado.

En la Regla 57 se desarrollan algunas ideas que también nos parecen acertadas. Se mantiene la obligación de respuesta a las P+Q pero se ha eliminado el requisito de que esta «solicitud o queja» no «sea evidentemente temeraria o desprovista de fundamento», que podía posibilitar el filtro de

las autoridades penitenciarias. Ahora se establece que todas deberán ser «examinadas cuanto antes» y recibir «una pronta respuesta» y, además, se prevé que, en caso de que sea desestimada o que haya un retraso injustificado en la respuesta, se tenga el derecho a presentarla ante un juez u otra autoridad (57.1). Es decir que, incluso en los supuestos en el que el mecanismo de resolución sea exclusivamente administrativo, los Estados deben prever algún procedimiento de revisión (entendemos que externo) para los casos de desestimación de las P+Q.

Además, el apartado segundo de esta misma Regla subraya la protección y posibilidad de confidencialidad de la persona que presenta la petición o queja, instando a que se cuenten con «salvaguardias que garanticen» una presentación segura y, si así se solicita, confidencial, y obligando a que ninguna de estas personas sean objeto de represalias, intimidación u otras consecuencias negativas. Se trata este de uno de los asuntos más importantes pues es la garantía de que los mecanismos de P+Q funcionen eficazmente, la población reclusa tenga confianza en ellos y los use para dar a conocer sus intereses o reclamar ante lo que perciban como vulneraciones de derechos. Sin estas salvaguardias ningún mecanismo, por bien regulado que esté, podrá ser eficaz en la protección de los derechos de los internos y en la mejora de su calidad de vida.

Por último, la Regla 57.3 realiza una mención especial a las denuncias por torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, exigiendo una tramitación pronta que dé lugar a una investigación rápida e imparcial por una autoridad independiente, remitiendo a la regulación de la Regla 71.1 y 2 que trata de las investigaciones independientes en estos y otros casos. La gravedad de estos asuntos y la celeridad que requiere la respuesta exige una tramitación diferente más allá de los mecanismos genéricos que queremos analizar en este trabajo.

El Manual de Buena Práctica Penitenciaria (en adelante, el Manual)²³ realizado por *Penal Reform International* para la interpretación de las reglas de 1955, «en un intento de explicar el significado en la práctica diaria y en las políticas» de estas reglas, ya incluía muchas de estas novedades que luego se han introducido en las actuales Reglas Mandela de 2015.²⁴

En su sección II, «*Debido proceso y quejas*» se establecía, por ejemplo, que las palabras «temeraria» y «desprovista de fundamento» de la Regla 36, «no están definidas y son, por lo tanto, arbitrarias» (párrafo 12) ya que resulta «dañino para la integridad del trámite de quejas (...) y para la confianza del recluso en este» la posibilidad de que los funcionarios desechen algunas quejas antes de ser investigadas. Por tanto, el establecimiento penitenciario «debe considerar todas las quejas presentadas por los presos, y los funcionarios deben considerar esto como parte de su responsabilidad básica», siendo «particularmente importante que todas las quejas las investigue un cuerpo de quejas independiente, el cual debe decidir si estas quejas son frívolas o infundadas» (párrafo 17).

Además, también se recomienda animar a los reclusos «para que comuniquen a la administración del recinto penal cualquier dificultad que tengan, asegurando que sus quejas se traten en forma

²³ Hemos seguido aquí la versión de 1998 en español, traducida del original en inglés publicado por *Penal Reform International* en 1997, realizada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos con apoyo del Ministerio de Justicia de los Países Bajos.

²⁴ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Manual de Buena Práctica Penitenciaria. Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*, 1998, pp. 39 ss.

sería», entendiendo que sería útil establecer un sistema participativo de los internos para generar ideas para el funcionamiento del establecimiento (párrafo 14). La población presa debe tener confianza para comunicarse con las autoridades del establecimiento, no debiendo ser amedrentada ninguna persona para que no presente una queja, de manera que «el personal tiene el deber de escuchar estas quejas en una atmósfera lo más relajada y amistosa posible» (párrafo 15). El miedo a las represalias es un importante freno a la interposición de quejas por parte de los internos por lo que el Manual recuerda la importancia de que estos cuenten con vías confidenciales para presentar sus reclamaciones y establece que es esencial, para asegurar la confianza de los presos, que «puedan formular quejas escritas confidenciales a una persona o institución independiente de la administración del recinto penal, como el defensor del establecimiento, un juez o magistrado» (párrafo 16).

En este mismo Manual también se recomienda ampliar la legitimación para presentar quejas a las familias, los abogados e incluso visitantes voluntarios de los centros u oenegés (párrafo 18), así como informar a los internos de la posibilidad de realizar reclamaciones contra otros profesionales, citando explícitamente abogados y profesionales de la salud, que no observen las normas prácticas o éticas adecuadas (párrafo 19).

Por último, en el Manual se recogen una serie de indicaciones referidas al mecanismo que debe tramitar las P+Q. Así, el párrafo 20 reconoce una interesante posibilidad ya que todas las quejas no tienen por qué requerir una «consideración y respuesta formal». De manera que, en la práctica, el propio personal del centro penitenciario podrá resolver la mayoría de estas reclamaciones a través del cumplimiento de sus tareas cotidianas y pasar al director de la prisión las «quejas más serias». El peligro de esta recomendación es nuevamente que sirva de filtro que inadmita de facto las quejas, las deseche o las deje sin respuesta, aunque si dejamos abierta la posibilidad de elevar la queja a otro órgano de revisión cuando el interno no la entienda resuelta adecuadamente, parece que estamos ante un *funcionamiento de sentido común*²⁵. Entiende también el grupo de expertos que redacta esta guía que sería beneficioso ofrecer la posibilidad de elevar «quejas y peticiones a agencias externas voluntarias y no-gubernamentales, en cuanto a temas sobre los cuales el recinto penal es incapaz de ofrecer ayuda inmediata» (párrafo 21).

En el año 2018, esta misma organización, *Penal Reform International*, realizó otra Guía Orientativa sobre la actualización de las Reglas de 2015 en la que podemos ver con mayor desarrollo la importancia que se da a los mecanismos de peticiones y quejas²⁶. En este caso, el trabajo se produce en colaboración con el programa contra la tortura de la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE²⁷ y tras varias reuniones de expertos y representantes de distintas oficinas de Naciones Unidas, el Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa (CPT) y organizaciones de la sociedad civil, entre otras.

En esta Guía encontramos un interesante resumen de las razones por las que es importante para un sistema penitenciario contar con un sistema efectivo de peticiones y quejas, una identificación de los obstáculos que producen que los internos no realicen estas reclamaciones,

²⁵ Si un interno, por ejemplo, realiza una reclamación sobre el mal funcionamiento de la calefacción en su módulo, el funcionario encargado de tramitarla podría resolverla directamente enviando a alguien de mantenimiento para que repare la avería.

²⁶ <https://www.penalreform.org/resource/guidance-document-on-the-nelson-mandela-rules/>

²⁷ <https://www.osce.org/odihr>

un análisis de las condiciones para tener un buen sistema de P+Q y, por último, una descripción detallada y gráfica de un mecanismo con tres niveles de respuesta en función de la gravedad de los asuntos tratados²⁸.

Además, en este documento podemos ver dos ejemplos de experiencias que pueden servirnos de guía. En primer lugar, las actuaciones del *Prisons and Probation Ombudsman Institution (PPO)* de Inglaterra y Gales, a partir de una investigación realizada en 2015, para incrementar la remisión de quejas a esta institución entre las mujeres y los jóvenes en prisión.²⁹ Y, en segundo lugar, el programa *Peer Mentorship* entre mujeres presas de Canadá en el que se asisten entre ellas para hacer frente a sus problemas.³⁰

En este mismo ámbito de Naciones Unidas, el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión* también hace mención al derecho de petición y queja de la población reclusa³¹. Así, tras afirmar en el Principio 13 que la autoridades deberán informar a las personas en prisión de sus derechos y la manera de ejercerlos, establecen en el Principio 19 que «los lugares de detención serán visitados regularmente por personas calificadas y experimentadas nombradas por una autoridad competente distinta de la autoridad directamente encargada de la administración del lugar de detención o prisión», reconociendo la necesidad de contar con un mecanismo de inspección con el que las personas presas puedan «comunicarse libremente y en régimen de absoluta confidencialidad» (19.2).

Sin embargo, será en el Principio 33 donde encontremos el derecho a presentar P+Q, aunque en este caso se habla, en la versión oficial en español, de peticiones o recursos³². El contenido de este principio es el siguiente:

1. La persona detenida o presa o su abogado tendrá derecho a presentar a las autoridades encargadas de la administración del lugar de detención y a las autoridades superiores y, de ser necesario, a las autoridades competentes que tengan atribuciones fiscalizadoras o correctivas una petición o un recurso por el trato de que haya sido objeto, en particular en caso de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

²⁸ El mecanismo que presenta PRI con un nivel informal para quejas cotidianas, otro más formal para reclamaciones más serias y uno específico para las relacionadas con torturas o malos tratos, a nuestro juicio, no es exactamente el sistema que sugieren las Reglas Mandela, aunque ambos son compatibles. PENAL REFORM INTERNATIONAL. *Guidance document on the Nelson Mandela Rules*, 2018, pp. 31 ss.

²⁹ PENAL REFORM INTERNATIONAL. *Guidance document on the Nelson Mandela Rules*, 2018, p. 33.

³⁰ PENAL REFORM INTERNATIONAL. *Guidance document on the Nelson Mandela Rules*, 2018, p. 35.

³¹ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, puede consultarse en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/DetentionOrImprisonment.aspx>

³² Como puede verse en <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/DetentionOrImprisonment.aspx> en la versión en inglés se usa la misma denominación que hemos visto en otros instrumentos internacionales, *requests and complaints*, es decir peticiones y quejas. La diferencia que veremos más adelante que realiza la normativa española al usar el término «recurso» solo para determinados procedimientos judiciales puede inducirnos a error cuando la traducción de estos instrumentos al español use este término, pero entendemos que no hay una diferencia sustancial y estos mecanismos establecidos en la normativa internacional pueden referirse tanto a unos como a otros. En definitiva, se trata de que las personas presas tengan acceso a un sistema para hacer llegar sus reclamaciones o comunicar cualquier información, ya sea a las autoridades penitenciarias o judiciales, independientemente del concepto usado. Para no generar más confusión, en este trabajo usaremos siempre la denominación «peticiones y quejas» y dejaremos el término «recurso» solo para los casos en que nuestra normativa penitenciaria usa esta denominación específica, dando una competencia especial al JVP. Mas adelante veremos que en la traducción de otros instrumentos se usa el término «solicitud» en lugar de «petición».

2. Los derechos que confiere el párrafo 1 del presente principio, podrán ser ejercidos por un familiar de la persona presa o detenida o por otra persona que tenga conocimiento del caso cuando ni la persona presa o detenida ni su abogado tengan posibilidades de ejercerlos.
3. La petición o recurso serán confidenciales si así lo pidiera el recurrente.
4. Toda petición o recurso serán examinados sin dilación y contestados sin demora injustificada. Si la petición o recurso fueren rechazados o hubiere un retraso excesivo, el recurrente tendrá derecho a presentar una petición o recurso ante un juez u otra autoridad. Ni las personas detenidas o presas ni los recurrentes sufrirán perjuicios por haber presentado una petición o recurso de conformidad con el párrafo 1 del presente principio.

Como vemos, a pesar de la distinta denominación en español, estamos ante un mecanismo similar al que estudiamos. La legitimación la tienen tanto la persona presa y su abogado como los familiares o cualquier otra persona que tenga conocimiento. El ámbito objetivo se circunscribe a cuestiones relacionadas con el trato recibido, aunque este concepto es tan amplio que podría abarcar gran parte de la actividad penitenciaria. Se reconoce la posibilidad de realizar la petición de manera confidencial y estas deberán ser examinadas sin dilación y obtener una respuesta en un plazo adecuado. Además, también prevé este Principio que, en caso de que las peticiones o recursos sean rechazados o hubiera un retraso excesivo, se tenga la posibilidad de dirigirse a un juez y a otra autoridad, se entiende que externa o independiente del establecimiento o de la autoridad a la que se dirigiera la primera petición o recurso, es decir, una autoridad de revisión o control.

3.2. Las Reglas Penitenciarias Europeas

En el ámbito europeo también encontramos normas que recogen la necesidad de los sistemas penitenciarios de contar con un trámite de resolución de las peticiones y quejas de las personas presas. Ya en 1973, en el seno del *Consejo de Europa*, el *Comité de Ministros adoptó la Resolución (73) 5, de 19 de enero de 1973 con las reglas mínimas estandarizadas para el tratamiento de los prisioneros, siguiendo la estela de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas* que, como se dice, debían ser adaptadas a los cambios ocurridos en esos años y al punto de vista europeo.

Estas recogían un apartado, *Information to and complaints by prisoners* (reglas 35 y 36) donde se trataba la materia aquí estudiada, que prácticamente reproducen las Reglas 35 y 36 de Naciones Unidas, y también contaban ya en ese momento con un apartado dedicado a *Inspection and control* con la regla 56, en la que se establecía la necesidad de contar con un sistema de supervisión e inspección de las prisiones.

Ante los significativos cambios sociales y en el tratamiento y organización de las prisiones, el Comité de Ministros del Consejo de Europa entiende necesario reformular las anteriores reglas y adopta la *Recomendación nº R (87) 3, de 12 de febrero de 1987, sobre las Reglas Penitenciarias Europeas* (en adelante RPE 1987), por primera vez llamadas de esta manera³⁵. A pesar de que estas reglas son más completas que las anteriores, en la materia que nos compete se observan pocos cambios (más en el lenguaje utilizado que en el contenido). Así en las reglas 41 y 42, en el apartado *Information to, and complaints by, prisoners*, se sigue recomendando ofrecer información a los presos sobre el derecho a realizar peticiones y quejas y estableciendo las mismas tres vías

³⁵ En el original en inglés, *European Prison Rules*, cuya traducción más acertada tal vez debiera ser Reglas Europeas de Prisión.

de hacerlas llegar: al director o funcionario autorizado (42.1), al inspector en el curso de una inspección (42.2) y a la administración central, la autoridad judicial u otras autoridades (42.3).

Una novedad de las RPE 1987 es la eliminación de los ambiguos e indeterminados términos que aparecían en la regla 36.4 («*Unless it is obviously frivolous or groundless*») que, como vimos en los comentarios a las Reglas Mínimas de 1955, podrían servir de argumento para desechar quejas, no tramitarlas o no responderlas de manera adecuada si, a juicio del funcionario que la recibe, fueran infundadas. Ahora, en las RPE 1987 se establece la obligación de contestar a todas sin dilación (Regla 42.4).

Estas reglas fueron reemplazadas por la *Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas*³⁴, instrumento vigente en la actualidad³⁵ aunque con una última actualización en el año 2020, con cambios significativos en nuestro objeto de estudio (en adelante, RPE)³⁶. Ya en sus *Principios Fundamentales* se establece que: «9. Todas las prisiones estarán sujetas a inspecciones gubernamentales regulares y al control por parte de una autoridad independiente.» Se ha dividido la regulación de la información y la de las P+Q, aunque en la primera no se cita expresamente la información sobre la posibilidad de realizar solicitudes o quejas y tan solo se dice, genéricamente, que se informará de los «derechos y obligaciones en prisión» (Regla 30.1).

El apartado *Solicitudes y quejas*³⁷ recoge la Regla 70 con una regulación mucho más detallada que los instrumentos anteriores³⁸:

70.1 Los internos deberán tener la oportunidad de presentar, sin censura, peticiones o quejas al director de la prisión o a otra autoridad del sistema penitenciario y a una autoridad judicial u otra autoridad de control independiente y de apelación.

³⁴ Adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006, a raíz de la 952 reunión de delegados de ministros. Pueden consultarse en <https://rm.coe.int/16804cc2f1>

³⁵ Una versión en castellano de estas reglas puede consultarse en: http://ceife.gencat.cat/web/.content/home/recerca/recce/Reglas_Penitenciarias_Europeas_Actualizacion_2020_E_S.pdf

³⁶ Un análisis de los cambios más significativos de la nueva versión de las RPE en CUTIÑO, *Reglas penitenciarias europeas: un largo camino aún por recorrer* disponible en: https://www.eldiario.es/andalucia/el-blog-de-apdha/reglas-penitenciarias-europeas-camino-recorrer_132_6118898.html

³⁷ Nuevamente en el original en inglés se siguen usando los términos *requests* y *complaints*. Aunque vemos que en la traducción al español que hemos usado se habla de «solicitudes», vamos a seguir utilizando los términos peticiones y quejas como hemos venido haciendo y como realiza nuestra normativa penitenciaria.

³⁸ En la versión inicial de 2006 la Regla 70 establecía:

70.1 Los detenidos podrán presentar, de forma individual o como grupo, solicitudes o quejas al director de la prisión o a cualquier autoridad competente.

70.2 Cuando la mediación parezca ser lo más apropiado, será el primer camino a tomar.

70.3 Cuando se deniegue una solicitud o se rechace una queja, se comunicarán los motivos al detenido, que tendrá derecho a presentar un recurso ante una autoridad independiente.

70.4 No se castigará a un detenido por haber presentado una solicitud o una queja.

70.5 La autoridad competente tendrá en cuenta cualquier queja por escrito presentada por familiares de un detenido cuando éstos consideren que se han violado los derechos del detenido.

70.6 Ningún representante jurídico ni ninguna organización de apoyo a detenidos podrá presentar una queja en nombre de un detenido si éste no ha dado su consentimiento.

70.7 Los detenidos tendrán derecho a recibir asesoramiento jurídico sobre quejas y recursos así como asistencia jurídica cuando los intereses de la justicia así lo requieran.

- 70.2 Si un método informal para resolver la consulta o queja parece adecuado, será considerado en primer lugar.
- 70.3 Cuando se haga una denuncia por maltratos u otras violaciones graves de los derechos humanos, no se tendrán en consideración los métodos informales.
- 70.4 La información práctica sobre peticiones y procedimientos de denuncias se comunicará eficazmente a todos los internos.
- 70.5 Las denuncias sobre muerte o malos tratos a la prisión deberán resolverse sin demora y tendrán que ser investigadas con eficacia, de acuerdo con la regla 55.
- 70.6 Todas las solicitudes y quejas se tratarán lo antes posible y en el marco de un procedimiento que garantice, en la medida de lo posible, la participación efectiva del preso.
- 70.7 En el caso de que su solicitud o denuncia sea rechazada, las razones de este rechazo se comunicarán sin demora a los internos interesados. Si la decisión ha sido tomada por el director u otra autoridad del sistema penitenciario, el interno deberá poder recurrir ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente de revisión y apelación.
- 70.8 Se pondrán en marcha medidas para que los internos puedan presentar solicitudes o quejas confidencialmente, si así lo desean.
- 70.9 Los internos no estarán expuestos a ningún riesgo de castigo, represalia, intimidación, venganzas u otras consecuencias negativas por haber presentado una solicitud o queja.
- 70.10 Los internos pueden presentar una solicitud o queja por sí mismos o a través de un representante legal; tienen derecho a solicitar asesoramiento legal sobre los procedimientos de denuncia y recurso y a recibir asistencia legal cuando los intereses de la justicia lo requieran.
- 70.11 Ninguna reclamación del representante legal o de una organización que defienda el bienestar de la población reclusa podrá ser presentada en nombre de un interno si este se opone.
- 70.12 La autoridad competente tendrá en cuenta cualquier queja escrita de la familia de un interno o de cualquier otra persona u organización que defienda el bienestar de los internos.
- 70.13 La autoridad penitenciaria competente guardará un registro de solicitudes y quejas presentadas, respetando debidamente los principios de confidencialidad y seguridad.

La regulación actual, como vemos, tiene un extenso contenido, contando con 13 apartados, por los 7 de la redacción de 2006, y con significativas novedades sobre todo en cuanto al mayor detalle en algunos aspectos. Podemos observar varias novedades introducidas en esta actualización. Así, y en sentido diferente a como hemos visto en las reglas de Naciones Unidas, se reconoce de manera conjunta el derecho a presentar quejas al director u otras autoridades penitenciarias y a las autoridades judiciales y otras autoridades independientes de control y supervisión (Regla 70.1). En la redacción de 2006 solo se decía «a cualquier otra autoridad competente», además de al director, sin entrar en más detalle. Quisiéramos destacar también una omisión en esta regla y es que, en la versión de 2006, se reconocía la posibilidad de presentar P+Q de manera colectiva, lo que podría ser un recurso interesante de defensa de los derechos de los internos de un establecimiento, o de una sección de este, que se vieran afectados por la misma problemática.

Las dos versiones hablan de priorizar los métodos informales de resolución (en el 2006 se citaba expresamente la mediación) cuando parezca ser un medio adecuado (70.2), aunque en la nueva redacción se excluye esta posibilidad para las denuncias por malos tratos u otras violaciones graves (70.3).

Otra novedad sería la referencia expresa que se hace a que se comunique de manera eficaz a los internos la información sobre las peticiones y los procedimientos de denuncia (70.4), obligación que podría considerarse incluida en los genéricos deberes de información que tiene la

administración penitenciaria pero que no está de más resaltar en este asunto en concreto, debido a la importancia del mismo en la vida del interno.

Tampoco aparecía en 2006 la específica obligación a resolver sin demora y a realizar una investigación eficaz de las denuncias por muertes o malos tratos (70.5) ni a que todas las P+Q deban ser tratadas lo antes posible y con un procedimiento que garantice la participación del interno (70.6).

Son aportaciones también de esta última versión de las RPE la necesidad de que existan medidas para garantizar la confidencialidad (70.8) y la ampliación del ámbito de personas legitimadas para la presentación de la queja, incluyendo al representante legal (70.10) y a otras personas u organizaciones de defensa de los derechos de las personas presas (70.12), además de la ya prevista anteriormente de los familiares. Como ya hemos dicho, estas posibilidades resultan necesarias por los obstáculos que en ocasiones puede tener la persona afectada para realizar la queja por sí misma.

Por otro lado, se da una redacción más detallada a la obligación de comunicar los motivos de las denegaciones de las quejas, incluyendo que esta se haga sin demora, y al derecho a un recurso, en el que ahora se especifica que pueda ser ante la autoridad judicial u otra autoridad independiente de revisión y apelación (70.7). Esta reiteración de las posibilidades de acudir a vías externas a la administración penitenciaria nos indica la importancia de que existan mecanismos de control y revisión de la actuación administrativa y de su respuesta a las P+Q, suponiendo una garantía necesaria para que el mecanismo sea efectivo.

Otra garantía para esta efectividad práctica se regula ahora también de manera más detallada. Así, en las RPE 2006 solo se hablaba de no castigar al interno por presentar una queja (Regla 70.4) y ahora se amplía a que no esté expuesto «a ningún *riesgo* de castigo, represalia, intimidación, venganzas u otras consecuencias negativas». Aunque pudiera parecer una cuestión menor, la ampliación a la propia exposición al riesgo y no solo a recibir efectivamente el castigo, así como a cualquier otra consecuencia negativa de presentar la queja, supone un mensaje claro para enfrentar las reticencias o miedos de la población reclusa a realizar solicitudes o reclamaciones contra la administración o contra el proceder de algún funcionario en concreto.

Por último, querríamos señalar la obligación que se introduce en la Regla 70.13 de que la autoridad penitenciaria competente mantenga un registro de las solicitudes y quejas presentadas, cuestión de gran importancia tanto para las actividades de supervisión del funcionamiento del centro penitenciario como para la labor investigadora y evaluadora que sería necesaria.

4. El mecanismo de Peticiones y Quejas en el Derecho penitenciario español

Una vez realizado el recorrido por los instrumentos previstos a nivel internacional y comprobado cómo, desde sus inicios, se han recogido recomendaciones para que los sistemas penitenciarios nacionales incluyan sistemas de tramitación eficaces de las P+Q de la población reclusa, tenemos que detenernos en qué establece nuestra normativa penitenciaria actual. La materia aparece regulada en la LOGP en el Capítulo VI *Información, quejas y recursos*, del Título II, *Del Régimen*

Penitenciario y en el Capítulo V *Información, Quejas y Recursos*, del Título II, *De la organización general* del Reglamento que la desarrolla.

El art. 49 de la LOGP incluye, dentro de la información que deben recibir los internos a su ingreso en prisión, la información sobre los medios para formular peticiones, quejas o recursos, regulándose este derecho a formular peticiones, quejas y recursos en el artículo 50 LOGP, con el siguiente contenido:

- Uno. Los internos tienen derecho a formular peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento ante el Director o persona que lo represente, a fin de que tome las medidas oportunas o, en su caso, las haga llegar a las autoridades u Organismos competentes. Si fueren hechas por escrito, podrán presentarse en pliego cerrado, que se entregará bajo recibo.
- Dos. Si los internos interpusieren alguno de los recursos previstos en esta Ley, los presentarán asimismo ante el Director del establecimiento, quien los hará llegar a la autoridad judicial, entregando una copia sellada de los mismos al recurrente.»

Como ya hemos mencionado, la materia también aparece regulada en el RP en el Capítulo V del Título II. Del primero de los artículos de este Capítulo, el 52, nos interesa fundamentalmente el apartado primero:

- «1. Los internos recibirán a su ingreso información escrita sobre sus derechos y deberes, el régimen del Establecimiento, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas y recursos. Con este fin, se les entregará un ejemplar de la cartilla o folleto informativo general y de las normas de régimen interior del Centro penitenciario de que se trate, que el Centro Directivo de la Administración Penitenciaria correspondiente editará necesariamente en castellano y en la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro penitenciario.»

El artículo 53 de este mismo texto legal recoge la regulación fundamental del objeto de estudio de este trabajo, indicando que:

- «1. Todo interno tiene derecho a formular, verbalmente o por escrito, peticiones y quejas sobre materias que sean competencia de la Administración Penitenciaria, pudiendo presentarlas, si así lo prefiere el interesado, en sobre cerrado, que se entregará bajo recibo.
- 2. Dichas peticiones y quejas podrán ser formuladas ante el funcionario encargado de la dependencia que al interno corresponda, ante el Jefe de Servicios o ante el Director del Centro o quien legalmente le sustituya. El Director o quien éste determine habrán de adoptar las medidas oportunas o recabar los informes que estimen convenientes y, en todo caso, hacer llegar aquéllas a las Autoridades u organismos competentes para resolverlas.
- 3. Las peticiones y quejas que formulen los internos quedarán registradas y las resoluciones que se adopten al respecto se notificarán por escrito a los interesados, con expresión de los recursos que procedan, plazos para interponerlos y órganos ante los que se han de presentar.
- 4. Asimismo, los internos podrán dirigir peticiones y quejas al Defensor del Pueblo, que no podrán ser objeto de censura de ningún tipo.»

Por último, el artículo 54, denominado «Quejas y Recursos ante el Juez de Vigilancia», establece que:

- 1. Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, los internos podrán formular directamente las peticiones o quejas o interponer recursos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria en los supuestos a que se refiere el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

2. Se entregará al interno o a su representante recibo o copia simple fechada y sellada de las quejas o recursos que formule.
3. Cuando el escrito de queja o de recurso se presente ante cualquier oficina de Registro de la Administración Penitenciaria, una vez entregado al interno o a su representante el correspondiente recibo o copia simple fechada y sellada, se remitirá, sin dilación y en todo caso en el plazo máximo de tres días, al Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente.

La regulación de nuestro objeto de estudio, como vemos, no es excesivamente detallada ni clara y nos plantea una serie de cuestiones a las que vamos a intentar responder en este artículo.

4.1. ¿De qué se pueden quejar las personas presas?

Como hemos visto, la LOGP reduce el ámbito temático a las cuestiones relacionadas con el tratamiento del propio interno o el régimen del establecimiento, mientras que el RP habla de forma más genérica de materias que sean competencia de la Administración Penitenciaria lo que, a nuestro juicio, añadiría asuntos que no son directamente incluíbles en los dos primeros. Por ejemplo, podríamos señalar la importancia de la admisión de quejas o peticiones sobre traslados, sobre problemas en las infraestructuras o dotaciones de un establecimiento o una dependencia del mismo, sobre cuestiones de higiene y sanidad o, incluso, sobre la acción social a internos o liberados condicionales.

Por el contrario, parece más discutible afirmar la legitimidad de una persona presa de interponer P+Q sobre cuestiones tratamentales genéricas o de otra persona, la gestión económica o financiera o asuntos de personal, que también son materias competencia de la Administración Penitenciaria según el Real Decreto 734/2020, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior³⁹. Como veremos, nuestra normativa no prevé la posibilidad de la presentación de quejas colectivas, posibilidad que justificaría una ampliación del ámbito objetivo a estos otros sectores de la actividad penitenciaria no directamente referidos a la relación de un interno en concreto con el establecimiento. De cualquier manera, sería conveniente una mejor aclaración de este ámbito objetivo haciendo una referencia concreta, como la de la LOGP, pero no solo a materias referidas al régimen del establecimiento o el tratamiento del interno sino también a todos los asuntos que puedan afectar a derechos o intereses de las personas presas.

En el caso de las P+Q ante el JVP, según establece el art. 76.2 g. LOGP, estas se relacionarían con *«el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficio penitenciarios de aquellos»*. Se limitan en este caso a las materias de carácter regimental y tratamental, como hace el art. 50 LOGP, pero además solo cuando afecten al menos

³⁹ La cuestión, a nuestro juicio, no es tan evidente como puede parecer en un principio. Tal vez fuera interesante para el buen funcionamiento del sistema penitenciario contar con la opinión de las personas presas sobre estos asuntos. Por ejemplo, en cuestiones tratamentales sería conveniente contar con la visión de la población reclusa sobre los programas de tratamiento disponibles en general o contar con propuestas de nuevos programas que pudieran interesarles o, incluso, que un interno pudiera reclamar sobre la mala praxis en el tratamiento de un compañero en particular. De la misma forma podría argumentarse en otros ámbitos relacionados con la política penitenciaria, la organización o la gestión económica. En cualquier caso, esta implicación quizás sería más conveniente encauzarla a través de otros mecanismos distintos al de P+Q, como puede ser el derecho de participación previsto en el art. 24 LOGP o, con relación al trabajo, en el art. 31 LOGP. Estas formas de participación están desarrolladas en el Capítulo VI del Título II RP en el que se prevé la participación en la organización de los horarios y de las actividades en diversos campos, incluso estando prevista la ampliación de esta intervención a otras áreas regimentales por decisión del Consejo de Dirección.

a derechos y beneficios penitenciarios. Aunque en la práctica este precepto se usa para casi cualquier tema con incidencia en la vida en prisión que no aparezca específicamente regulado en el resto de los apartados del art. 76, los JVP desestiman una gran cantidad de asuntos por entenderlos fuera de su competencia.⁴⁰

Por ello, creemos que sería conveniente, aunque se mantuviera la redacción actual que parece posibilitar un mecanismo para elevar las P+Q directamente al JVP en los temas comentados, incluir una referencia que posibilitase también la participación del JVP para conocer la resolución del resto de P+Q que puede realizar el recluso en el ámbito interno de la Administración. Así, el interno, si no está conforme con la respuesta ofrecida por la Administración o si esta se demora más de lo imprescindible, podría acudir al JVP.

Esto, además, reforzaría la relevancia del art. 77 LOGP, que permite a los JVP realizar propuestas a la Administración penitenciaria *«referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa, y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto.»* El que la población presa pudiera contar con este instrumento de presentación de P+Q al JVP en todos estos ámbitos, independientemente de que este estuviera o no legitimado para revisar o corregir la actuación administrativa, podría servir al JVP de fuente de información para conocer la realidad del centro penitenciario de su jurisdicción y las opiniones de la población reclusa a efectos de poder realizar esas propuestas con mayor conocimiento⁴¹.

Por ello, para cumplir con los estándares mínimos internacionales que hemos visto más arriba, entendemos que sería más adecuado por un lado aclarar, para el procedimiento administrativo, que las P+Q puedan referirse a cualquier asunto o actividad penitenciaria que pueda afectar, directa o indirectamente, a intereses del interno o a su calidad de vida en prisión y, por otro, ampliar las competencias del JVP a la revisión de cualquiera de estas P+Q, independientemente de que el asunto al que se refieran sea o no estrictamente de régimen o tratamiento.

4.2. ¿A quién pueden dirigirse?

Por lo que se refiere al órgano competente para recibir la petición o queja, observamos algunas diferencias entre la regulación de la Ley y la del Reglamento. Así, el art. 50 LOGP tan sólo hace mención al Director o persona que lo represente, quienes deberán tomar las medidas oportunas o hacer llegar la petición o queja a la autoridad u organismo competente. Sin embargo, el art. 53 RP, además de mencionar al director y a la persona que legalmente le sustituya⁴², incluye al

⁴⁰ LARRAURI. «La supervisión de la prisión. Derechos de los presos y calidad de vida», *InDret*, 3, 2021, p.149.

⁴¹ Hay que recordar que, entre las atribuciones del JVP, se recoge la de visitar los establecimientos penitenciarios (art. 76.2.h) pero que esta facultad es infrautilizada y, cuando se lleva a cabo, no suele servir para adquirir un conocimiento real y profundo de los problemas del establecimiento. Además, los JVP tampoco suelen aceptar escritos o informaciones remitidas por las familias de las personas presas o por asociaciones de defensa de sus derechos, por lo que su fuente de información suelen ser los propios órganos del establecimiento penitenciario.

⁴² Parece más precisa esta terminología que la de la LOGP, que habla de «la persona que represente» al director sin dejarnos claro si esta representación debe partir de algún título o habilitación legal o puede ser meramente informal.

funcionario encargado de la dependencia⁴³ y al Jefe de Servicios. En cualquier caso, la competencia para decidir el recorrido de la queja queda en manos del director o de la persona que este determine, que serán los encargados de adoptar las medidas que sean necesarias y remitir la queja a las autoridades u organismos competentes para resolverla. El RP también incluye entre las facultades del Director, además de las anteriores, la de recabar los informes que estime pertinentes.

El apartado 4 del art. 53 del RP también prevé la posibilidad de presentar quejas ante el Defensor del Pueblo, posibilidad no contenida en la LOGP y que entendemos acertada. Es discutible que este organismo pueda incluirse en la genérica referencia que hace el texto legal a «las autoridades u organismos competentes» pues no se trata de un órgano directamente competente en ninguna de las materias penitenciarias sino una institución de defensa de los Derechos constitucionales y de supervisión de la actividad de la Administración⁴⁴. Parece que la previsión expresa tiene el sentido de ofrecer la posibilidad de dirigirse de manera directa a esta Institución sin pasar por el filtro del director o funcionario del centro, como también prevé el art. 54 RP para la presentación de P+Q ante el JVP y como sucede en la práctica de manera habitual.

El contenido de estos preceptos no coincide exactamente con lo que establece el art. 4.2.j RP, en que se habla del derecho a «formular peticiones y quejas ante las autoridades penitenciarias, judiciales, Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal» y continúa diciendo «así como a dirigirse a las autoridades competentes y a utilizar los medios de defensa (...) a que se refiere el capítulo V del Título II de este Reglamento» (es decir, las P+Q que estamos analizando). Parece, por tanto, que distinguiera dos vías; por un lado, el mecanismo que analizamos, con las P+Q al Director del establecimiento y, por otro, el interno tendrá derecho también a dirigirse a otras autoridades penitenciarias, a las autoridades judiciales y a Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal directamente. No encontramos en el RP el desarrollo de estos procedimientos, excepto para las autoridades judiciales, donde se aplicaría el art. 76.2.g. LOGP y la DA 5ª de la LOPJ, en el caso de que estemos en competencias del JVP⁴⁵.

En cualquier caso, estas indicaciones podrían cumplir gran parte de las recomendaciones tanto de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas como de las RPE, al ofrecer la posibilidad de acudir a la Administración penitenciaria central, autoridades judiciales y otras autoridades independientes⁴⁶. En definitiva, la población reclusa teóricamente cuenta con la posibilidad de presentar P+Q internamente en el establecimiento al director del establecimiento, el funcionario encargado de la dependencia o el Jefe de Servicio (arts. 50.1 LOGP y 53.2 RP) o externamente a otras autoridades penitenciarias (art. 4.2.j RP), al Defensor del Pueblo (arts. 4.2.j y 53.4 RP), al

⁴³ Entendemos que se refiere al módulo de vida del interno o a la dependencia en la que se encuentre o esté realizando alguna actividad.

⁴⁴ Ver Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

⁴⁵ Podríamos pensar que la referencia es también a otras autoridades judiciales, por ejemplo, el juzgado penal para conductas delictivas, como los casos de malos tratos o torturas, o los juzgados contencioso-administrativo en sus competencias, pero en estos casos entendemos que no estamos ante el mecanismo de P+Q sino ante otros recursos judiciales con sus procedimientos específicos. Un tema diferente sería plantearse si no resultaría más adecuado que la revisión y el control de toda la actividad administrativa en el ámbito penitenciario se canalizara a través de los JVP, evitando los lentos procesos contenciosos y la confusa duplicidad de competencias entre las jurisdicciones.

⁴⁶ Ver Reglas Mandela 56.1 y 56.3. No aparece ni en el art. 4.2.j, ni tampoco en la regulación de las P+Q la mención expresa a la posibilidad de presentar quejas al inspector en el curso de una de las inspecciones regulares que se realicen como indica la Regla 56.2.

Ministerio Fiscal (art. 4.2.j RP) y a autoridades judiciales (por lo general, el JVP en base a los arts. 76.2.g. LOGP y 54 RP).

Sin embargo, esto lo único que nos dice es el órgano al que se puede dirigir la solicitud, pero no cuál es la tramitación ni quien debe resolver el asunto. Este problema es especialmente relevante en cuanto a las P+Q dirigidas al director del centro ya que, en la mayoría de los casos, no será la persona adecuada para resolver el tema y, además, es también según la normativa el encargado de recibir muchas de las otras quejas y obligado a derivarlas a los órganos competentes.

4.3. ¿Cuál es el procedimiento?

Como acabamos de ver, parece relativamente claro a qué autoridades u órganos se pueden dirigir los internos pero poco o nada se dice del procedimiento o de los órganos encargados de resolver y responder. Por lo que se refiere a la *forma*, las personas presas podrán realizar la petición o queja tanto verbalmente como por escrito, incluso teniendo la opción de hacerlo en sobre cerrado. En cualquier caso, estas deben quedar registradas y la resolución de la Administración sí debe ser notificada por escrito y, además, informar de los recursos que procedan ante la misma, los plazos para interponerlos y el órgano competente. Estas indicaciones, junto con lo visto en el epígrafe anterior sobre los órganos a los que entregar las P+Q, son prácticamente lo único que se dice sobre el procedimiento.

En lo que hace a la *legitimación* para presentar P+Q, parece que nuestra normativa solo reconoce el derecho del *propio interno*, a diferencia de la mayor extensión que recomiendan los instrumentos internacionales que incluyen a los familiares, los representantes legales o letrados que les asistan e, incluso, a organizaciones sociales de defensa de los derechos de las personas presas. Sería interesante que nuestra normativa incorporara estas posibilidades ya que, como ya hemos comentado, son una garantía para la efectividad del mecanismo; la idiosincrasia de una institución total, la situación de subordinación y el miedo a represalias o consecuencias negativas pueden hacer que los mecanismos formalmente previstos para defender los intereses de las personas presas no sean correctamente usados por estas o no generen suficiente confianza. Otra propuesta a explorar sería la posibilidad de realizar quejas colectivas o conjuntas por parte de varios internos o, incluso, de un grupo indeterminado o no identificado, posibilitando además la ampliación del ámbito objetivo incluyendo cuestiones más generales e incluso aspectos de política penitenciaria. La participación de la población reclusa en el sistema penitenciario es escasa y este podría ser un mecanismo que la incentivara. El sistema premial establecido con la clasificación y el tratamiento dificulta la solidaridad entre las personas presas y su unión para luchar por un mejor sistema penitenciario, convirtiéndose en un mecanismo disciplinario.⁴⁷ Así, frente «a las demandas colectivas, la tendencia fomentada estructuralmente es la preocupación por las demandas personales», siendo el «sistema de clasificación por grados (...) una herramienta de gestión diaria de los centros penitenciarios donde se premia el no dar problemas y se toman represalias contra quienes exigen insistentemente sus derechos».⁴⁸

Por último, habría que plantear cuál es el *recorrido* que deben seguir las P+Q y los *órganos* encargados de resolverlas. En este asunto, pensamos que sería necesario una mayor claridad y

⁴⁷ CUTIÑO. «Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17(11), 2015, pp. 1-41.

⁴⁸ GONZÁLEZ-SÁNCHEZ. *Neoliberalismo y Castigo*, 2021, p. 154.

desarrollo en nuestra normativa. El art. 6.6 del Real Decreto 734/2020, de 4 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, establece que corresponde a la Subdirección General de Análisis e Inspección «La atención y resolución de las quejas y reclamaciones de los internos relativos al funcionamiento y actuación de los servicios penitenciarios». Es la única referencia que encontramos a este tema por lo que parece que las peticiones y quejas de la población reclusa deberían llegar a este órgano. Sin embargo, poco sabemos de su funcionamiento ni de los temas de los que se ocupa⁴⁹ ¿se trata este del órgano al que el Director debe remitir todas las P+Q que reciba en su centro y que no vayan dirigidas expresamente a otros órganos? ¿es el director el que debe discriminar, según el asunto al que se refiera la queja y remitirlo al órgano competente? Nos encontramos ante uno de los aspectos que deberemos explorar en la investigación empírica que estamos desarrollando puesto que no encontramos ninguna otra información sobre este órgano.⁵⁰ En el Informe General de 2019 se recoge simplemente una información cuantitativa, apareciendo 432 quejas sobre asuntos como la accesibilidad, horarios e instalaciones, la información, la relación con los empleados públicos, el servicio prestado o las denegaciones de comunicaciones, así como 9 sugerencias sobre accesibilidad, horarios e instalaciones y sobre servicios prestados⁵¹.

En lo que se refiere a la *materia tratamental*, podemos acudir a los arts. 275 y 273 RP para, al menos en este caso, conocer la competencia de los Equipos Técnicos para «Atender las peticiones y quejas que le formulen los internos respecto su clasificación, tratamiento o programa de intervención» (art. 275.d) y de la Junta de Tratamiento para «Adoptar los acuerdos que estime pertinentes sobre las peticiones y quejas que formulen los internos a los Equipos Técnicos sobre su clasificación, tratamiento o programa de intervención». Por tanto, las P+Q en estos asuntos tendrían que ser remitidas a los Equipos Técnicos y resueltas por la Junta de Tratamiento. Del resto de materias, nada sabemos. El art. 263 d) del antiguo Reglamento Penitenciario de 1981 establecía que eran funciones de las Juntas de Régimen y Administración «Oír las peticiones y quejas que formulen los internos, examinarlas y adoptar los acuerdos que se estimen convenientes», pero se trata de un órgano no previsto en la normativa vigente.

Sin embargo, sí se mantiene en vigor, en virtud de la Disposición Transitoria 3ª del RP, aunque con rango de resolución del Centro Directivo, el contenido de otros artículos del antiguo Reglamento donde se regulan funciones de algunos «Servicios, unidades y puestos de trabajo de los centros penitenciarios». En este sentido, dentro del CAPÍTULO II, *Órganos unipersonales*, del TÍTULO OCTAVO, *De los órganos penitenciarios colegiados y unipersonales*, sí continúa vigente la Sección decimoséptima, *De las distintas Unidades de Servicio*. En ella, en su apartado D. *Unidades de servicio de patios*, en el art. 308.2 d) se recoge la competencia del funcionario encargado del patio para, «dentro de sus atribuciones, atender y cursar» las peticiones de los/as internos/as. Una competencia similar se establece en el art. 309.3 b) para los funcionarios responsables de las Unidades de servicio en galerías. En cualquier caso, esta indicación parece hacer referencia simplemente a la obligación del funcionario encargado de la dependencia de recoger la petición

⁴⁹ LARRAURI. «La supervisión de la prisión. Derechos de los presos y calidad de vida», *InDret*, 3, 2021, pp. 152 ss.

⁵⁰ La instrucción DGIP 5/2006 *Comunicaciones a efectuar de forma inmediata a la Inspección Penitenciaria* es la única norma que hemos encontrado relacionada con esta materia y se refiere exclusivamente a las comunicaciones que los centros penitenciarios deben hacer a la Inspección de Guardia en caso de incidentes regimentales graves o hechos de especial intensidad o trascendencia. Ni siquiera en la web de Instituciones Penitenciarias aparece, entre las funciones de la Subdirección de Análisis e Inspección Penitenciaria, referencia alguna a las P+Q de las personas presas (ver <https://www.institucionpenitenciaria.es/es/sgai>).

⁵¹ SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *Informe General 2019*, pp. 423 ss.

o queja del interno y darle curso, como establece el actual art. 53.2 RP, entendemos que remitiéndola al Director del centro, pero nada aclara sobre el procedimiento para tramitar la misma y la competencia para la resolución.

En nuestra opinión, por tanto, la normativa establece que las peticiones y quejas de los reclusos serán entregadas al funcionario encargado de la dependencia o al Jefe de Servicio que la remitirá al Director o la persona delegada por éste, que será quien tendrá que tramitarla. El Director tendrá que tomar las medidas necesarias para resolver la queja, remitirla al órgano del establecimiento con funciones en el asunto de que se trate, remitirla a la autoridad competente según el asunto o si es dirigida expresamente por el interno a una autoridad en concreto o enviarla a la Subdirección de Análisis e Inspección de la SGIP en el caso de que se trate de asuntos relativos al funcionamiento y actuación de los servicios penitenciarios. En el caso de peticiones y quejas sobre cuestiones *tratamentales o de clasificación* también podrá entregarse directamente a algún miembro del Equipo Técnico que la remitirá, para su resolución, a la Junta de Tratamiento. De cualquier manera, pensamos que es necesaria una mayor claridad y desarrollo de estos aspectos.

4.4. La intervención del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria

Como hemos visto, además de P+Q realizadas ante la Administración penitenciaria o el Defensor del Pueblo, la población interna tiene derecho a formularlas directamente ante el JVP. Este derecho, reconocido también en el art. 4.2.j. RP, es regulado de manera algo confusa en el art. 54 de este mismo cuerpo legal. Se mezclan en el artículo las peticiones, las quejas y los recursos y se remite al art. 76 LOGP, en el que se regulan las competencias de los JVP.

Esta jurisdicción tiene dos grupos de competencias, en materia de ejecución de la pena y en la salvaguarda de los derechos de los internos y corrección de los abusos y desviaciones de la Administración penitenciaria. Así, según el art. 76, corresponde especialmente al JVP, en *primera instancia* o confirmando (más bien aprobando) las decisiones o propuestas de la Administración, resolver sobre la libertad condicional (art. 76.2.b), los beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena (art. 76.2.c), las sanciones de aislamiento en celda de más de catorce días (art.76.2.d), los permisos de salida de más de dos días excepto para los internos en tercer grado (art. 76.2.i)⁵² y el paso a un establecimiento de régimen cerrado (art.76.2.j)⁵³. Asimismo, el JVP tiene competencias para la resolución de los recursos que la población reclusa interponga sobre sanciones disciplinarias (art.76.2.e) y clasificación inicial y progresiones y regresiones de grado (art.76.2.f). Además, en el apartado g) de este precepto se recoge la posibilidad de presentar P+Q.

⁵² Aunque no aparezca en este precepto, habría que añadir la autorización para los permisos extraordinarios a los internos de primer grado establecida en el art. 155.3 RP.

⁵³ En este caso, la normativa dice expresamente «conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento». La interpretación literal nos llevaría a pensar que se trata sólo de una información pero entendemos, y así también lo consideran los JVP, que esta puesta en conocimiento se realiza a los efectos de confirmar o revocar la decisión del establecimiento penitenciario (ver en este sentido, Criterio Refundido nº 67 de VIII Reunión de JVP en Madrid en noviembre de 1994). Así parece entenderlo también el TC; ver, por ejemplo, SSTC 161/1993, de 17 de mayo, 129/1995, de 11 de noviembre o 175/1997, de 27 de octubre. Sin embargo, las opiniones en la doctrina son discrepantes, entendiendo algunos autores que se trata solo de una puesta en conocimiento de la información sin capacidad para el JVP de anular o revisar la actuación administrativa.

Por otro lado, según el art. 77 LOGP, como hemos visto más arriba, los JVP podrán dirigirse a la Administración penitenciaria para formular propuestas sobre la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, la ordenación de la convivencia interior, las actividades, la escuela, la asistencia sanitaria y religiosa y, en general, sobre actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento. Además, a lo largo del RP podemos encontrar otras materias en que el JVP debe estar informado, usando la normativa unas veces la expresión «dar cuenta»⁵⁴, otras la de «comunicar»⁵⁵, poner «en conocimiento»⁵⁶ o «notificar»⁵⁷ y, en alguna ocasión, la de remitir. El uso de esta diferente terminología genera confusión a la hora de determinar la capacidad de actuación del JVP⁵⁸ y, en el caso de nuestro trabajo, de la posibilidad de usar el mecanismo de P+Q en estos asuntos.

En nuestra opinión, en todos estos casos en que la normativa penitenciaria hace alguna referencia a la obligación de la Administración de comunicar su decisión al JVP, debería interpretarse que éste posee capacidad para revisar el acto o resolución administrativa, por lo que no sería necesaria la activación del mecanismo de P+Q por parte del interno. Sin embargo, mientras esta no sea la interpretación que realizan todos los órganos implicados, debería permitirse al interno la elevación de P+Q sobre estos temas directamente al juzgado sin necesidad del paso previo por el mecanismo interno.

Nos interesa especialmente el apartado g) del art. 76, donde se recoge la competencia para resolver «las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos», que parece ser la materia a la que se refieren los arts. 4.2.j. y 54 del RP. Podríamos entender que en este caso estamos hablando de las materias no citadas expresamente en el resto de apartados del precepto.

De acuerdo a esta interpretación, existirían una serie de competencias que serían propias *directamente de los JVP* actuando, por decirlo de alguna manera, como primera instancia⁵⁹: la aprobación de la libertad condicional y de las propuestas que supongan un acortamiento de la pena, la autorización de las sanciones de aislamiento en celda de más de 14 días y de los permisos de salida de más de dos días para los internos de segundo grado y, en nuestra opinión, la confirmación del paso de un interno al régimen cerrado. Las competencias que aparecen

⁵⁴ Así, en los arts. 43.1 y 44.2 RP sobre restricción, intervención o suspensión de comunicaciones orales. Este mismo concepto aparece en el art. 75.2 para la aplicación de limitaciones regimentales y para la prolongación de la estancia en el departamento de ingresos más allá del máximo legal previsto de 5 días.

⁵⁵ Por ejemplo, según los arts. 45.2 LOGP y 72.3 RP respecto de la adopción y cese de los medios coercitivos o según el art. 46. 5ª sobre la intervención de las comunicaciones escritas.

⁵⁶ El término, muy similar al de «conocer» que hemos visto que usa el art. 76.2.j. LOGP, es usado en la adopción de medidas cautelares en los procedimientos disciplinarios prevista en el art. 243.2 RP y también en el apartado 4º de la Disposición Transitoria Primera sobre el orden de cumplimiento de penas impuestas por el Código penal derogado y el actual.

⁵⁷ El art. 31.3 usa este término, que pudiera parecer sinónimo a los anteriores, con relación a los traslados de los internos. Sin embargo, en este caso, en el art. 31.1 si se ha afirmado rotundamente la competencia exclusiva de la Administración penitenciaria en este ámbito.

⁵⁸ CERVELLÓ, *Derecho penitenciario*, 4ª edición, 2016, p. 158

⁵⁹ Usamos aquí este término para distinguir las competencias directas de aquellas que llegan tras la reclamación del interno ante una decisión o actuación administrativa. En realidad, a efectos judiciales, el resto de competencias también podrían definirse como de primera instancia ya que contarían (aunque no en todos los casos por lo dispuesto en la DA 5ª LOPJ) con una segunda instancia judicial a la que recurrir los autos del JVP.

dispersas en la normativa, que más arriba hemos llamado de información o comunicación, deberían ser tratadas a nuestro juicio de esta misma manera. Igualmente, aquí podríamos incluir algunas competencias que contempla el Código penal, como puede ser el cambio al régimen general en el cómputo de los plazos para los casos del art. 78 CP, la revocación del período de seguridad del art. 36.2 CP o los controles en las medidas de seguridad o la libertad vigilada, entre otros. En estos casos, no sería necesario el uso del mecanismo de P+Q del art. 76.2.g. puesto que el JVP ya contaría con la posibilidad de revisar o supervisar la actuación administrativa o directamente sería el que tomaría la decisión.

Por otro lado, tendríamos dos materias en las que la actuación del JVP se realizaría como respuesta a un recurso, que serían las sanciones disciplinarias y la clasificación, con su procedimiento específico.

Y, por último, tendríamos el resto de materias de régimen y tratamiento, cuando afectan a derechos fundamentales o a derechos y beneficios penitenciarios, en los que la normativa no habla de recurso sino de «peticiones y quejas» y que serían los asuntos donde parece permitirse la elevación de P+Q directamente al JVP.

En cualquier caso, el hecho de que exista un recurso específico para algunos temas no debería significar, a nuestro juicio, la limitación de los asuntos que pueden plantearse. Así, por ejemplo, un interno puede recurrir la clasificación realizada por la Junta de Tratamiento (en base al art. 76.2 f) pero también podría plantear una queja por no considerar adecuado su grado de tratamiento y para solicitar que la Junta de Tratamiento estudie y revise su clasificación (en base al art. 76.2 g). La misma situación podría darse en lo que respecta a la libertad condicional para solicitar que el establecimiento realice la propuesta al JVP.

Más discutible resulta esta interpretación para los asuntos relacionados con permisos de salida o sanciones. En el primer caso, porque la normativa penitenciaria ya prevé un procedimiento que se inicia con la solicitud del interno y que, en caso de denegación, permite la interposición de queja al JVP (arts. 160 a 162 RP). En el caso de las sanciones, pues es de sentido común que ningún interno va a interesar la imposición de una sanción y, frente al acuerdo sancionatorio, ya está prevista la vía del recurso (art. 76.2 e). Ahora bien, podríamos pensar en la necesidad de mantener abierta esta posibilidad; por ejemplo, para el caso de los permisos de salida en lo que atañe a las condiciones, reglas o controles impuestos, la duración u otras cuestiones de su implementación. De la misma manera, en el caso de las sanciones, para elevar quejas sobre cuestiones intermedias o el desarrollo del procedimiento disciplinario, antes de la imposición de la sanción. De hecho, en este caso, el propio RP en su art. 252.3 prevé que «Contra el acuerdo de ejecución inmediata de la sanción, el interno podrá acudir en vía de queja ante el Juez de Vigilancia, con independencia de la tramitación del recurso interpuesto».

El resto de asuntos no incluidos en estos tres grupos parece que deberían tramitarse a través del mecanismo administrativo interno de P+Q. El problema estriba, ante la inconcreción de la normativa, en entender qué puede ser objeto de una P+Q ante el JVP, en qué casos puede el interno dirigirse directamente al JVP y en cuáles debe acudir primero a este mecanismo interno. Una solución a este embrollo sería que los JVP admitieran todos los escritos que les dirijan las personas presas y fueran ellos los que decidieran el recorrido del mismo, como ya se hace en algunos casos⁶⁰. Si el asunto es competencia del JVP o ya ha pasado por los órganos

⁶⁰ En sentido contrario, SOLAR CALVO afirma que habría que discriminar «las quejas de escasa e incluso nula envergadura jurídica desde el punto de vista de la afectación de los derechos subjetivos de los internos y que sin

administrativos competentes, debería resolverlo el propio JVP o instar a la Administración a que lo haga. Si son materias de competencia exclusiva de la Administración podría realizar, si lo estima conveniente, la correspondiente propuesta en virtud del art. 77 LOGP. En el caso de que sea necesaria la intervención previa de un órgano administrativo, derivarlo a la Administración para que el órgano competente resuelva en un plazo razonable y lo comunique al interno.

El Proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que se realizó en 1997, único intento que conocemos de desarrollar la materia procesal penitenciaria, tampoco dejaba demasiado claro el trámite de P+Q⁶¹. En el capítulo III dice regular el procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia, pero mezcla los recursos con las peticiones y quejas. Antes, en el art. 19, establecía una disposición interesante para el objeto de este estudio, obligando a la Administración a resolver las P+Q de los internos en el plazo de un mes, pasado el cual la resolución se entendería desestimatoria y otorgando al interno, en caso de que no haya respuesta en ese plazo, la facultad de recurrir el acto⁶². En su apartado dos, se otorga este mismo derecho para el caso de que «por el objeto de la petición o queja la resolución no pudiera demorarse un mes». Parece, por tanto, que el sentido era establecer la posibilidad de recurso ante el JVP para los casos en que el trámite interno de P+Q no diera una respuesta en un plazo razonable.⁶³

El capítulo III de este Proyecto de Ley (arts. 22 a 37) puede darnos algunas ideas, aunque consideramos que la regulación sigue siendo insuficiente y, en algunos casos, demasiado restrictiva. El art. 22 establecía la posibilidad de acudir directamente al JVP, mediante petición o queja, «contra los actos, omisiones, prácticas, normas de régimen interior o aplicación de instrucciones u órdenes superiores» pero solo cuando hubieran sido afectados derechos fundamentales. En caso de ser afectados derechos no fundamentales, el interno solo podría interponer recurso contra los acuerdos previos de la Administración Penitenciaria. Es la única referencia diferenciada a las P+Q, siendo el resto de la regulación del procedimiento común con los recursos y sin más distinción sobre la materia a la que se refiere o sobre las distintas competencias que hemos visto que regula el art. 76.2 LOGP.

En resumen, con la regulación actual, no parece que en estas peticiones y quejas estemos ante un recurso propiamente dicho, aunque la falta de una ley que regule las normas procedimentales en el ámbito penitenciario y la extremadamente confusa regulación de la DA 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), única referencia procesal en este campo, genera tanto a nivel

embargo (...), tienen una protección del todo desproporcionada con la realidad que refieren». SOLAR, *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, 2019, p. 198.

⁶¹ Ver Proyecto de Ley 121/000038 adoptado por la Mesa del Congreso el 29 de abril de 1997.

⁶² Art. 19. Plazo para resolver expresamente las peticiones y quejas de los internos.

1. La Administración penitenciaria deberá resolver expresamente las peticiones o quejas formuladas por los internos en el plazo de un mes a partir de su formulación. Si transcurrido dicho plazo no se hubiera producido resolución expresa, la petición se entenderá desestimada y el interno podrá recurrir el correspondiente acto presunto ante el Juzgado de Vigilancia, sin perjuicio de la obligación de la Administración penitenciaria de dictar resolución expresa.

2. Si por el objeto de la petición o queja la resolución no pudiera demorarse un mes, por quedar en tal caso sin contenido el derecho que el interno pretendía ejercitar, cabrá recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria a partir del momento en que la ausencia de resolución expresa por la Administración ponga en peligro la efectividad de tal derecho.

⁶³ Entendemos que es de sentido común pensar que también las resoluciones desestimatorias de la pretensión del interno o que no respondan adecuadamente a su reclamación, serían recurribles ante el JVP.

teórico como práctico una gran cantidad de dudas. Por un lado, el recurso que se eleva al JVP en los casos vistos anteriormente (clasificación y sanciones) suele llamarse también «queja». Por otro lado, los profesionales que actúan en esta jurisdicción suelen usar el mencionado art. 76 2. g. para plantear todos los escritos en los que no está clara la competencia ya que, al hacer referencia el precepto a cualquier derecho o beneficio penitenciario de la población interna, casi cualquier materia puede ser incluida en el mismo, desde reclamaciones de asuntos de aparentemente poca relevancia, como pudiera ser el precio del café en el economato, hasta algunas que pueden afectar a derechos fundamentales, como desatenciones médicas o tratos degradantes⁶⁴.

Y, por si fuera poco, la flexibilidad en la admisión que exige la legislación penitenciaria en lo relativo al aspecto formal, hace que cualquier documento enviado al JVP deba ser resuelto, independientemente que se trate de un recurso, una petición o una queja y de cómo sea denominado, si es que lo es de alguna manera. A pesar de esta teórica amplitud, en la práctica las quejas suelen ser desestimadas por carecer de relevancia o referirse a competencias de la Administración penitenciaria. Así, por ejemplo, en el año 2019, en los JVP de Cataluña el 98,6% fueron denegadas.⁶⁵

En definitiva, el JVP es el órgano previsto, desde la aprobación de la LOGP, para la supervisión de la actividad administrativa, controlar la legalidad en la ejecución de la pena y tutelar los derechos de las personas presas.⁶⁶ Por ello, pensamos que podría ser el órgano externo encargado de la recepción de P+Q de la población reclusa, de revisión judicial de las actuaciones administrativas y de supervisión. Sin embargo, la normativa debe ser reformada para solucionar todos estos problemas interpretativos que hemos ido viendo, concretar la división de competencias y desarrollar los procedimientos. Además, si queremos que este órgano cumpla con estas funciones de manera adecuada, deben mejorarse los recursos tanto humanos como materiales con los que cuentan.

5. Conclusiones. Las Peticiones y Quejas como derecho y garantía

Para terminar con este acercamiento a la normativa reguladora del mecanismo de P+Q, vamos a recordar brevemente la estructura del mecanismo diseñado en el sistema penitenciario español, a señalar algunas claves de la importancia de este instrumento y de las características que debería tener para ser eficaz y concluiremos con una primera y provisional propuesta.

5.1. ¿Dónde estamos?

Entendemos que la población reclusa puede presentar peticiones y quejas ante el Director del establecimiento o el funcionario encargado sobre cualquier tema de carácter penitenciario, ya sea regimental o tratamental. En el caso de que la queja esté expresamente dirigida a un órgano externo (Defensor del Pueblo, Ministerio Fiscal, JVP, Organismos internacionales, etc.) debería darse curso a la misma sin realizar ninguna actuación. De la misma manera debería actuarse, en este caso dirigiéndose al JVP, cuando se trate de materias de competencia directa del JVP (las que

⁶⁴ El artículo que se publicará con el análisis de las respuestas de los Servicios de Orientación y Asistencia Jurídica Penitenciaria a la encuesta que hemos realizado confirma esta confusión generalizada.

⁶⁵ LARRAURI. «La supervisión de la prisión. Derechos de los presos y calidad de vida», *InDret*, 3, 2021, p. 149.

⁶⁶ CERVELLÓ. *Derecho penitenciario*, 4ª edición, 2016, pp. 154 ss.

hemos llamado de primera instancia) o de una respuesta o reclamación del interno frente a un previo acuerdo administrativo, ya sea de las materias que se tramitan como recurso o de las que lo hacen a través de las peticiones y quejas judiciales (art. 76.2 g).

Para el resto de los asuntos, es decir, en los que no exista pronunciamiento o decisión previa de la Administración o, en que existiendo éste, no se refieran a materias susceptibles de recurso ante el JVP ni a asuntos de régimen y tratamiento que afecten a derechos fundamentales o derechos y beneficios penitenciarios, parece que la normativa indica que deberían resolverse de manera interna.

Entendemos que la vía interna para intentar resolver el conflicto o petición planteada es necesaria para descargar el trabajo de la jurisdicción de vigilancia y para filtrar los asuntos de menor importancia o que se refieran a cuestiones de organización y funcionamiento de los establecimientos o de los órganos de la Administración penitenciaria. Sin embargo, para que esta vía interna sea útil y eficaz, debería establecerse un procedimiento más detalladamente regulado para la tramitación de estas P+Q y su remisión a los órganos implicados o con competencia en el asunto en concreto. En cualquier caso, en nuestra opinión, siempre debería quedar a salvo la posibilidad del interno de recurrir estas resoluciones o de dirigirse al JVP si no recibe respuesta en un plazo razonable.

En la investigación empírica que se está desarrollando deberemos estudiar no sólo la eficacia de este mecanismo, los asuntos tratados y la resolución de los mismos, sino incluso esta propia estructura establecida legalmente ya que, como hemos ido viendo a lo largo de este trabajo, el texto legal deja varios interrogantes y dudas sobre la mesa.

5.2. La importancia de contar con un mecanismo de P+Q adecuado

Como hemos visto, aparece claramente consagrado tanto a nivel interno como en la normativa internacional, la existencia de un derecho de las personas presas a formular peticiones y quejas a las autoridades penitenciarias sobre asuntos de su competencia, así como a autoridades externas. Se trata de un «*derecho instrumental*» que permite hacer valer el resto de los derechos de los presos, lo que convierte a este instrumento en un mecanismo de importancia vital para el buen funcionamiento del sistema penitenciario.

Un buen instrumento para canalizar las reclamaciones de las personas presas es imprescindible para una gestión profesional de los centros penitenciarios, identificar problemas estructurales o sistemáticos y problemáticas personales, además de servir para una mejora de las relaciones con el personal y de la legitimidad y confianza que la población reclusa otorgue al sistema.⁶⁷ El instrumento de P+Q puede ayudar a Instituciones Penitenciarias a identificar problemas estructurales o deficiencias y, si estas reclamaciones son resueltas de manera adecuada y rápida, podrían prevenirse problemas mayores y mejorar la eficiencia de los recursos, por ejemplo, descargando de trabajo a los JVP.

Sin embargo, tendremos que comprobar en nuestra investigación empírica si el funcionamiento del mecanismo en el sistema penitenciario español es el más adecuado. En principio, parece que existen algunos obstáculos importantes para ello que habrá que ver si nuestro sistema está

⁶⁷ PENAL REFORM INTERNATIONAL. *Guidance document on the Nelson Mandela Rules*, 2018, pp. 33 ss.

siendo capaz de solventar o, al menos, identificar. Así, como se recoge en la Guía para la implementación de las Reglas Mandela, la población reclusa suele encontrar poderosas barreras para realizar P+Q como la ausencia de un mecanismo efectivo, la lentitud o burocratización del procedimiento y de las respuestas, la falta de información o la desconfianza en el procedimiento, el miedo a represalias o consecuencias negativas o la cultura institucional basada en la retribución más que en la resocialización.⁶⁸

5.3. Algunas claves para un mecanismo realmente eficaz

Para que el objetivo de servir de instrumento de garantía de un buen funcionamiento del sistema penitenciario y de defensa de los intereses y derechos de las personas presas se acerque algo más a la realidad, el mecanismo debe respetar algunos principios básicos y tener algunas características, la mayoría de las cuales hemos podido ir observándolas en la descripción realizada de la regulación internacional.

En primer lugar, en cuanto al *ámbito objetivo*, es necesario que no se produzca ningún tipo de censura en cuanto al fondo de las P+Q planteadas. En el caso español, la normativa tendría que describir de manera más clara este ámbito. Para el procedimiento interno entendemos que la referencia debería ser a cualquier materia competencia de la Administración penitenciaria y que pueda afectar a los derechos e intereses de las personas presas o a la vida en prisión. Para el mecanismo judicial, tal vez podría hacerse una mención parecida a la prevista en el Proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los JVP a «los actos, omisiones, prácticas, normas de régimen interior o aplicación de instrucciones u órdenes superiores» (art. 22.1)⁶⁹. En cualquier caso, lo importante, a nuestro juicio, es que no pueda existir un filtro previo sobre las reclamaciones que van a ser tramitadas en función del asunto tratado y que todas tengan que ser analizadas y contestadas en un plazo razonable. La evolución de la normativa internacional ha ido en este sentido, eliminando las referencias a la posibilidad de desestimar quejas infundadas o frívolas.

Por tanto, para cumplir con los estándares mínimos internacionales, entendemos que sería adecuado por un lado aclarar, para el procedimiento administrativo, que las P+Q puedan referirse a cualquier asunto o actividad penitenciaria que pueda afectar, directa o indirectamente, a intereses del interno o a su calidad de vida en prisión y, por otro, ampliar las competencias del JVP a la revisión de cualquiera de estas P+Q, independientemente de que el asunto al que se refieran sea o no estrictamente de régimen o tratamiento.

En segundo lugar, es imprescindible que se *informe* a la población presa de la existencia de estos medios de defensa de sus derechos y su funcionamiento. En la guía *La prisión paso a paso*, que entendemos que es entregada a todos los internos al ingreso en prisión, la información sobre este tema no es ni demasiado detallada ni demasiado clara, pero al menos sí se recoge el derecho a presentar las quejas ante un funcionario, el Director del centro, la SGIP o el JVP⁷⁰.

⁶⁸ PENAL REFORM INTERNATIONAL. *Guidance document on the Nelson Mandela Rules*, 2018, pp. 32 ss.

⁶⁹ Ver Proyecto de Ley 121/000038 Orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

⁷⁰ https://www.institucionpenitenciaria.es/documents/20126/0/Paso_a_Paso_en_castellano.pdf/183c67dd-8dea-c060-b23a-39b07d320dba

En tercer lugar, el mecanismo debe ser percibido como *legítimo* y eficaz por la población reclusa, que debe confiar en el mismo como un instrumento adecuado para la defensa de sus derechos. Para ello, deben cumplirse ciertas condiciones. Debe ser un procedimiento simple, fácil de entender, accesible y ágil, de ahí la apuesta por la no exigencia de requisitos formales y por facilitar a los internos todos los recursos o materiales necesarios para que lo puedan poner en marcha en el momento en que lo necesiten. En algunos instrumentos internacionales se recomienda priorizar los métodos informales de resolución, como podría ser la mediación, aunque no tenemos claro que puedan ser adecuados para todos los asuntos. De cualquier manera, si entendemos positivo que se de participación al interno en el procedimiento y que se le informe del estado de su solicitud y de los trámites que se vayan realizando.

Además, debemos contar con mecanismos que garanticen que la persona no va a sufrir *represalias* ni otras consecuencias negativas por impulsar estas reclamaciones. La población reclusa debe confiar en estos instrumentos y no temer que su vida en prisión pueda verse afectada de manera negativa por ello⁷¹. En busca de este objetivo, sería importante que se contara con un mecanismo autónomo e independiente. También es necesario disponer de medidas que garanticen la confidencialidad, si así lo desea la persona. En nuestra opinión, ampliando la legitimación para elevar las P+Q a familiares, asesores legales e, incluso, a organizaciones independientes de defensa de los derechos de las personas presas también podrían salvarse las reticencias de algunas personas a presentar reclamaciones por miedo a ser señalados o a tener problemas. De la misma manera, creemos que una idea a explorar, como ya hemos mencionado, sería la posibilidad de interponer P+Q colectivas lo que tendría que significar necesariamente una ampliación del ámbito objetivo, de manera que un grupo de internos, organizado o no, pudiera elevar sus solicitudes, descontentos o demandas sobre el funcionamiento del establecimiento penitenciario, cuestiones concretas o, incluso, asuntos de política penitenciaria general. Esta modalidad permitiría esquivar la desconfianza o el miedo a señalarse que pudiera tener un interno solo al interponer la queja.

En cuarto lugar, las P+Q deben ser *resueltas de manera adecuada*, respondiendo siempre al interno solicitante, explicándole las actuaciones realizadas y la licitud o no de su pretensión, dando una contestación seria y asumiendo las responsabilidades que pudieran derivarse. Es importante que los internos comprueben que las personas que han actuado de manera errónea o han cometido abusos tienen que rendir cuentas de sus acciones y que la institución trata de solventar los problemas que se han detectado. En el caso de que la respuesta sea negativa, se debe informar de los motivos de la denegación y de los recursos de los que se disponen frente a la misma.

Por último, pensamos que sería también muy conveniente que se dejara información en el expediente del interno, cuando sea posible, de los asuntos en los que ha peticionado o se ha quejado, así como que todas las P+Q sean registradas por una autoridad externa al establecimiento. Estas medidas serían de gran utilidad, no solo para el estudio e investigación de nuestro sistema penitenciario, sino también para la necesaria evaluación que debería tener cualquier administración pública, así como para que la propia Administración penitenciaria detecte problemas o deficiencias de funcionamiento.

⁷¹ No solo hablamos de castigos físicos o sanciones sino también de otras consecuencias que condicionan poderosamente la vida en prisión, como la clasificación penitenciaria, el módulo de residencia, la posibilidad de acceder a actividades, los permisos de salida, etc.

En definitiva, aunque nuestra normativa penitenciaria cumple con gran parte de las recomendaciones internacionales, serían necesarias algunas reformas. En particular, una ampliación de la legitimación para la presentación de P+Q, una regulación más clara y detallada del ámbito objetivo, un mejor desarrollo de los procedimientos y los órganos competentes y, en lo que se refiere al JVP, solucionar los problemas interpretativos que hemos ido viendo, concretar la división de competencias y desarrollar los procedimientos, así como mejorar sus recursos personales y materiales.

5.4. Un primer esbozo para una propuesta

Como hemos venido diciendo, estamos ante un primer acercamiento casi exclusivamente jurídico por lo que, para extraer conclusiones del sistema español de P+Q y plantear propuestas más consistentes, debemos esperar a que nuestras investigaciones empíricas estén más avanzadas. En cualquier caso, no queremos concluir este trabajo sin realizar, al menos, un pequeño esbozo de cómo, en base a la normativa internacional y a otros ejemplos consultados, podría ser la estructura de este mecanismo.

Entendemos que la persona interna debe tener abierta, sin restricción en cuanto al asunto tratado, en todo caso una *doble vía, administrativa y de control* (judicial). Así, debería permitirse que el interno elevara las quejas tanto a la Administración como al JVP, ya sea conjuntamente o de manera independiente.

En el ámbito administrativo, el mecanismo debería contar con dos instancias diferentes, una interna al centro y otra exterior⁷². La reclamación se recibe en el establecimiento y, si es posible, se resuelve internamente y, si no lo es, se remite a ese órgano externo. De cualquier manera, el interno debería obtener una respuesta clara y motivada en un plazo razonable (y ser informado de la posibilidad de recurrir la decisión ante el JVP). Sería importante contar con algún órgano interno al centro que se dedicara a la gestión de este mecanismo de P+Q, que recibiera las reclamaciones y les diera el trámite oportuno y que fuera registrando toda la información. Este órgano podría realizar informes periódicos de calidad del centro y proponer planes de mejora. La Subdirección de Análisis e Inspección Penitenciaria podría ser la encargada de supervisar estos informes y el cumplimiento de los planes de mejora de cada centro.

En todos los casos, además, la solicitud del interno y la forma de resolverla debería comunicarse a ese órgano administrativo externo y al JVP (o a otro órgano de supervisión), a efectos no solo de información sino también de una posible revisión.

Por otro lado, como hemos dicho, debería estar abierta la posibilidad de presentar P+Q directamente al JVP, sin censura tampoco en cuanto al fondo del asunto. Sería este órgano el que tendría que dirigirse a los órganos competentes administrativos para instarles a resolver el problema o, si estamos ante una competencia directa de esta jurisdicción, tomar la decisión definitiva.

⁷² Este órgano podría ser la actual Subdirección de Análisis e Inspección Penitenciaria, aunque cambiando sus funciones y formas de actuación. Sin embargo, en nuestra opinión, estaría bien contar con un órgano independiente que no formara parte del organigrama de la SGIP; una especie de Oficina del Defensor del preso.

Además de estas dos vías de resolución de las quejas, debería contarse con algún mecanismo efectivo de *supervisión periódica de las prisiones*. En nuestra opinión, este mecanismo debería ser controlado y organizado por la sociedad civil y ser dotado de recursos suficientes como para poder ejercer una supervisión efectiva de todos los centros. Este trabajo teóricamente lo realiza en la actualidad el MNP dependiente de la Oficina del Defensor del Pueblo Español⁷³ pero consideramos que sería más eficaz un órgano autónomo, no dependiente de la Administración. A este órgano deberían comunicarse todas las P+Q elevadas por la población reclusa, de manera que tuviera información sobre qué centros visitar o a qué internos entrevistar y mejorar así su labor.

Como vemos, la estructura administrativa no exigiría demasiados cambios ya que nos parece que la actual cumple con las recomendaciones internacionales que obligan a tener un organismo de supervisión y un mecanismo de resolución de las P+Q con posibilidad de recurso judicial. Sí habría que hacer algunos cambios en la normativa para aclarar los procedimientos y las competencias y sustituir la confusa regulación actual. De cualquiera manera, se trata tan solo de algunas recomendaciones a nivel legal y de carácter provisional, pues será cuando tengamos los resultados de las investigaciones empíricas cuando podremos plantear si, además de los problemas en la regulación normativa, el funcionamiento del mecanismo de P+Q en el sistema penitenciario español es el adecuado, si es eficaz y si es sentido por la población reclusa como útil para la resolución de sus problemas.

6. Bibliografía

BEHAN, Cormac/KIRKHAM, Richard, «Monitoring, inspection and complaints adjudication in prison: the limits of prison accountability frameworks», *The Howard Journal of Crime and Justice*, 55, nº4, 2016, pp. 432-454.

BENITEZ YÉBENES, Juan Rafael, *El procedimiento de actuación ante los órganos de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria (Hacia un derecho procesal penitenciario)*, Madrid: Dykinson, 2017.

BIERIE, David, M. «Procedural justice and prison violence: Examining complaints among federal inmates (2000–2007)», *Psychology, Public Policy and Law* 19(1), 2013, pp. 15 ss.

BIRKINSHAW, Patrick «The Closed Society: Complaints Mechanisms and Disciplinary Proceedings in Prisons» *Northern Ireland Legal Quarterly*, 32, 1981, pp. 117-157.

CABRERA CABRERA, Pedro José/RÍOS MARTÍN, Julián, *Mirando el abismo. El régimen cerrado*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2002.

CALAVITA, Kitty/JENNES, Valerie, «Inside the Pyramid of Disputes: Naming Problems and Filing Grievances in California Prisons» *Social Problems*, 60(1), 2013, pp. 50-80.

CEREZO, Anabel/GARCÍA-ESPAÑA, Elisa, *La prisión en España: una perspectiva criminológica*. Granada: Comares, 2007.

CERVELLÓ, Vicenta. *Derecho penitenciario*, 4ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

⁷³ <https://www.defensordelpueblo.es/mnp/defensor-mnp/>

CESANO, José Daniel/REVIRIEGO PICÓN, Fernando. *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. Buenos Aires: B de F, 2010.

CID, José/PEDROSA, Albert/NAVARRO, Carmen, «La experiencia del encarcelamiento en España.» *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 24, 2020, pp. 161-192.

CUTIÑO, Salvador. «Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas.» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17(11), 2015, pp. 1-41.

CUTIÑO, Salvador/NAKAHIRA, Masako/POZO CUEVAS, Federico/NAVARRO ARDOY, Luis. «Percepción de los internos en prisión sobre sus relaciones con los funcionarios según el módulo de residencia.» *Revista General de Derecho Penal*, 31, 2019.

DOUGLAS, Gilian. «Dealing with Prisoners' Grievances» *British Journal of Criminology*, 24(2), 1984, pp. 150-167.

GALLEGO, Manuel/CABRERA CABRERA, Pedro José/RÍOS MARTÍN, Julián/SEGOVIA, José Luis. *Andar 1km en línea recta*. Universidad Pontificia de Comillas, 2010.

GÓMEZ CASTELLANO, Francisco Javier. «Petición y quejas referentes al régimen penitenciario», *Estudios Jurídicos*, Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, 2007, pp. 1-37.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Ignacio. «La cárcel en España: mediciones y condiciones del encarcelamiento en el siglo XXI.» *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 8, 2012, pp. 351-402.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Ignacio. *Neoliberalismo y Castigo*. Barcelona: Bellaterra, 2021.

GÜERRI, Cristina. *De carceleros y ayudantes. El rol de los funcionarios de interior en los centros penitenciarios españoles*. Barcelona: Atelier, 2020.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Manual de Buena Práctica Penitenciaria. Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*. San José, Costa Rica: IIDH, 1998.

LARRAURI, Elena. «La supervisión de la prisión. Derechos de los presos y calidad de vida», *InDret*, 3, 2021.

LASAGABASTER, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid: Civitas, 1994.

MARTÍ, Marta, «El estudio de la calidad de vida en prisión, una revisión bibliográfica de la investigación en España y principales planteamientos internacionales», *InDret*, 3, 2017, pp.1-34.

PENAL REFORM INTERNATIONAL. *Guidance document on the Nelson Mandela Rules. Implementing the United Nations Revised Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*. 2018.

POZO CUEVAS, Federico/NAVARRO ARDOY. Luis/NAKAHIRA, Masako/CUTIÑO, Salvador, «Cara a cara con la cárcel. La visión de los presos sobre sus condiciones de custodia y resocialización en un centro penitenciario», *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 16, 2018.

POZO CUEVAS, Federico/NAVARRO ARDOY. Luis/NAKAHIRA, Masako/CUTIÑO, Salvador. «El desempeño relacional de la prisión. La valoración de los presos del trato y las relaciones con funcionarios de vigilancia y personal de tratamiento.» *Revista Española de Investigación Criminológica*, 18, 2020, pp. 1-29.

RÍOS MARTÍN, Julián/CABRERA CABRERA, Pedro José, *Mil voces presas*. Comillas: Universidad Pontificia de Comillas, 1998.

RIVERA, Iñaki, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos: la construcción de un ciudadano de segunda categoría*, Madrid: J.M Bosch, 1997.

RODRÍGUEZ MENÉS, Jorge/LARRAURI, Elena/GÜERRI, Cristina, «Percepción de la calidad de vida en prisión. La importancia de una buena organización y un trato digno», *Revista Internacional de Sociología*, 76, nº2, 2018. <https://doi.org/10.3989/ris.2018.76.2.16.159>

SOLAR, Puerto, «Análisis de dos resoluciones revolucionarias. Las SSTC de 27 de enero y 10 de febrero de 2020», *La Ley Penal*, nº144, 2020, pp. 1-20.

SOLAR, Puerto, *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019.

Dogmatismo contra pragmatismo

Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19

Sumario

Este artículo analiza las dos cuestiones más controvertidas que en el Derecho público español ha suscitado la crisis de la COVID-19: las de si las Comunidades autónomas pueden adoptar disposiciones generales restrictivas de derechos al amparo de la legislación sanitaria, y si las restricciones impuestas por el decreto que en marzo de 2020 declaró el estado de alarma podían adoptarse a su amparo o, por el contrario, requerían la declaración del estado de excepción. En el artículo se examina, especialmente, la influencia que en las opiniones vertidas sobre el particular han tenido dos maneras de ver y abordar los problemas jurídicos. La primera es una visión pragmática, atenta sobre todo a las consecuencias prácticas que para todos los intereses afectados se derivan de las distintas interpretaciones en liza, pero también al tenor literal de los preceptos aplicables, a sus antecedentes, contexto y finalidad. La segunda es una visión dogmática, basada en ideas apriorísticas de origen doctrinal y tendente a ignorar no sólo los resultados prácticos que pueden desprenderse de aquellas interpretaciones, sino también el tenor literal de los preceptos aplicables, sus antecedentes, contexto y finalidad.

Abstract

This article analyzes the two most controversial issues in Spanish public law raised by the COVID-19 crisis. Both concern the conditions under which the Government may restrict constitutional rights in emergency situations. The article highlights the influence that two ways of analyzing and solving legal problems have had on this debate. The first is a pragmatic approach, attentive to the literal wording of the applicable constitutional provisions, to their background and purpose, to the current social reality and, above all, to the practical consequences arising from the different interpretations in dispute. The second is a dogmatic approach, that tends to ignore not only the practical outcomes that may arise from these interpretations, but also the literal wording of those provisions, their background and purpose.

Title: *Dogmatism versus pragmatism. On the fundamental rights restrictions aimed at fighting COVID-19.*

Palabras clave: estado de alarma, estado de excepción, derechos fundamentales, metodología jurídica, COVID-19, situaciones de emergencia.

Keywords: *emergency law, constitutional rights, COVID-19, constitutional interpretation, legal methodology.*

DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.10

4.2021

Recepción
03/09/2021

-

Aceptación
29/09/2021

-

Índice

-

1. **Introducción**
2. **Dos maneras de ver y abordar los problemas jurídicos**
 - 2.1. Una visión dogmática
 - 2.2. Una visión pragmática
3. **Primer ejemplo: estado de alarma o legislación sanitaria**
 - 3.1. El problema
 - 3.2. La práctica administrativa y jurisprudencial
 - a. Periodo anterior al primer estado de alarma
 - b. Primer estado de alarma
 - c. Periodo comprendido entre el primer y el tercer estado de alarma
 - d. Tercer estado de alarma
 - e. Periodo posterior al tercer estado de alarma
 - 3.3. La interpretación literal y sistemática del art. 3 LOMESP
 - 3.4. El sentido del art. 3 LOMESP. Redundancias y cláusulas generales
 - 3.5. La competencia del Gobierno para combatir una epidemia grave: ¿exclusiva o concurrente?
 - 3.6. ¿Interpretación restrictiva de las normas que restringen (y protegen) derechos fundamentales?
 - 3.7. La reserva de ley para restringir derechos fundamentales
 - a. ¿Satisface el art. 3 LOMESP las exigencias de la reserva de ley?
 - b. ¿Qué habría que hacer si el art. 3 LOMESP no respetara las exigencias de la reserva de ley?
 - 3.8. La alternativa de la reforma de la legislación sanitaria
 - 3.9. La alternativa del estado de alarma (o, en su caso, de excepción)
4. **Segundo ejemplo: estado de alarma o estado de excepción**
 - 4.1. El problema
 - 4.2. Posibles interpretaciones del término suspensión
 - 4.3. La interpretación gradualista del Tribunal Constitucional
 - 4.4. Inconsistencia de la interpretación del Tribunal Constitucional
 - 4.5. Interpretaciones literal, originalista y evolutiva del término suspensión
 - 4.6. La interpretación del concepto de suspensión de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos
 - 4.7. Consecuencias prácticas de las interpretaciones en liza
 - a. Incertidumbres y errores en la elección del instrumento jurídico pertinente
 - b. El prejuicio dogmático de que el estado de excepción es un instrumento jurídico más tuitivo que el de alarma
 - c. El valor de la autorización parlamentaria del estado de excepción
 - d. El valor de la autorización parlamentaria de la prórroga del estado de alarma. La conversión de la prórroga en un estado de excepción
 - e. El estado de excepción encierra un serio riesgo de restricciones excesivas
 - f. Riesgo de desprotección de la vida y la salud
 - g. ¿Necesidad constitucional de gestionar de manera centralizada crisis sanitarias graves?
 - h. La desactivación del concepto de suspensión
5. **Conclusiones**
6. **Bibliografía**

-

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

1. Introducción*

De entre todos los problemas que en el ámbito del Derecho público nos ha dejado la COVID-19, los más relevantes y controvertidos han sido, sin duda alguna, los relativos a la conformidad con la Constitución de las medidas restrictivas de derechos adoptadas para afrontar esta pandemia. La polémica se ha centrado especialmente sobre su licitud formal. No se ha discutido tanto su adecuación, necesidad y proporcionalidad cuanto la competencia y el procedimiento observado para acordarlas. Numerosos autores y resoluciones judiciales han cuestionado los dos grandes instrumentos jurídicos empleados a estos efectos: el estado de alarma decretado por el Gobierno central y las restricciones impuestas por las Comunidades autónomas al amparo de la legislación sanitaria.

Cabe pensar que las posiciones a favor o en contra de la utilización de ambos instrumentos se han visto influidas por factores de muy diversa índole, como la ideología política. *Grosso modo*, los juristas «conservadores» han tendido a mostrarse críticos con los tres estados de alarma declarados por el Gobierno, a diferencia de los «progresistas». Los «centralistas», por su parte, no han visto con buenos ojos las restricciones impuestas por las Comunidades autónomas, al contrario que la gran mayoría de «autonomistas», «federalistas» e «independentistas».

En este trabajo pretendemos analizar esos dos problemas y el papel que en la justificación de las respuestas que se les han dado han jugado dos maneras de concebir, interpretar y aplicar el Derecho, es decir, de resolver problemas jurídicos: una visión dogmática, de un lado, y otra pragmática, de otro. En la primera de estas concepciones se han apoyado quienes han considerado constitucionalmente ilícita la utilización de los dos instrumentos jurídicos antes referidos. En la segunda, por lo general, los que han sostenido la postura contraria.

Conviene subrayar que no sostenemos ni sugerimos que, en general, exista una correlación entre ser un jurista «conservador» («progresista») y «centralista» («autonomista»), por un lado, y tener una visión dogmática (pragmática) del Derecho, por otro. Tan sólo señalamos que en este caso concreto dichas posturas han ido de la mano. Pero no es ni mucho menos descartable que, a la hora de tratar otros problemas jurídicos, se inviertan las tornas, de manera que sean principalmente juristas progresistas y autonomistas los que esgriman argumentos propios de una visión dogmática del Derecho, y viceversa.

2. Dos maneras de ver y abordar los problemas jurídicos

2.1. Una visión dogmática

La principal característica de esta concepción es su dogmatismo¹. Se trata de una posición basada en gran medida en dogmas, en ideas abstractas, apriorísticas, preconcebidas y de origen

* El autor agradece los comentarios de Francisco Velasco, César Cierco y dos revisores anónimos, así como las discusiones mantenidas con muchos colegas, especialmente con Lorenzo Cotino, Alba Nogueira, Paz Lloria, Carlos Amoedo, Andrés Boix, Julio Tejedor y Víctor Bethencourt.

¹ En el presente trabajo damos a los términos «dogmático/a» y «dogmatismo» un significado cercano al que éstos tienen en el lenguaje común, y distinto del que normalmente se da a la expresión «dogmática jurídica» en el mundo

fundamentalmente doctrinal que tienden a afirmarse de manera inconcusa, universal e inflexible, y de las cuales se deducen múltiples reglas y consecuencias jurídicas. La afirmación apodíctica de esas ideas, las apelaciones a la intuición y las descalificaciones no argumentadas de las opiniones contrarias son relativamente frecuentes. Tampoco escasean los razonamientos circulares, que dan por supuesto precisamente lo que está por demostrar.

La segunda característica de esta visión, derivada de la anterior, es su escasa atención a la «realidad social del tiempo en el que las normas jurídicas han de ser aplicadas» (en palabras del art. 3 [Código civil](#)). De un lado, tiende a soslayar las circunstancias reales en las que han de desplegarse los efectos de las disposiciones consideradas, circunstancias que en no pocas ocasiones son extraordinarias, anómalas, distintas de las que los autores de esas disposiciones tuvieron en cuenta al dictarlas. De otro lado, apenas presta atención a las consecuencias prácticas que de las interpretaciones en liza pueden seguirse para todos los derechos e intereses en juego en el futuro, especialmente, respecto de la gestión de crisis venideras similares a la de la COVID-19.

La tercera característica, estrechamente relacionada con las anteriores, es el formalismo. Esta concepción tiende a dar un valor intrínseco al cumplimiento de las normas y las formas. Suele perder de vista que las normas jurídicas, en general, y las que regulan el procedimiento de actuación de los poderes públicos, en particular, tienen un valor instrumental. Pasa por alto que incurrir en los costes que implica observar ciertas formas y procedimientos sólo está justificado en la medida en que permite satisfacer efectivamente determinados fines (v. gr., reducir suficientemente el riesgo de que los derechos fundamentales afectados sufran restricciones excesivas), lo que en algunas circunstancias no ocurre, en cuyo caso carece de sentido exigir inflexiblemente dicha observancia. De acuerdo con esta concepción, además, la infracción de esas normas formales determina inexorablemente la invalidez de las decisiones afectadas por el correspondiente vicio, aun cuando éste no haya impedido efectivamente alcanzar los objetivos pretendidos por tales normas.

2.2. Una visión pragmática

Ésta es una concepción pragmática e instrumental del Derecho, con arreglo a la cual las normas jurídicas, así como sus interpretaciones y aplicaciones, han de evaluarse en función de sus efectos prácticos, de la medida en que éstas satisfacen realmente ciertos intereses merecedores de protección². El cumplimiento de las formas, por consiguiente, no tiene un valor intrínseco, sino instrumental, en tanto en cuanto sirve efectivamente para lograr dicho objetivo.

De ahí que ésta sea una concepción realista, que a la hora de interpretar una norma jurídica otorga una fundamental importancia a las consecuencias que las interpretaciones consideradas pueden tener sobre la realidad social y, muy especialmente, sobre la satisfacción de esos intereses implicados (v. gr., la vida, la salud y la libertad de las personas). De ahí también que tenga muy en consideración cuáles son los concretos bienes que el legislador trataba de proteger cuando

del Derecho. Sobre esta última expresión, vid. NÚÑEZ VAQUERO (2014), «Dogmática jurídica», *Eunomía*, 6, pp. 245-260.

² Sobre el pragmatismo jurídico, vid., entre otros, POSNER (2003), *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge; HAACK (2005), «On Legal Pragmatism: Where Does the Path of the Law Lead Us?», *American Journal of Jurisprudence*, 50, pp. 71-105.

estableció la norma en cuestión, cuáles son las circunstancias que entonces tuvo en cuenta y cuáles son actualmente las particulares circunstancias del caso analizado.

Esta visión confiere una especial prominencia a los criterios mencionados en el art. 3 del [Código civil](#) según los cuales las normas jurídicas deben interpretarse (i) atendiendo a su espíritu y finalidad y (ii) en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Es decir, en el momento de precisar el significado de esas normas y darles cumplimiento, hay que ponderar especialmente en qué medida sus posibles interpretaciones pueden lograr efectivamente los resultados prácticos pretendidos por ellas, a la vista de las circunstancias sociales realmente existentes en el momento de su aplicación.

Esta visión pragmática no desconoce la gran importancia que en la interpretación de las normas jurídicas tienen su tenor literal, su contexto y el significado que sus artífices les atribuyeron al dictarlas, en la medida en que aplicarlas en contra de cualquiera de estos elementos puede tener un coste muy elevado para la seguridad jurídica, la coherencia del sistema normativo y la confianza de los ciudadanos en el Derecho. Es más, comprobaremos que la visión pragmática es, al menos en los dos problemas abordados en este estudio, más respetuosa con la interpretación literal, sistemática y «originalista» de la Constitución y las leyes que la dogmática.

3. Primer ejemplo: estado de alarma o legislación sanitaria

3.1. El problema

Desde que en marzo de 2020 estallara la crisis de la COVID-19, las Comunidades autónomas han adoptado, en diferentes momentos, diversas medidas restrictivas de la libertad de circulación y otros derechos constitucionales: confinamiento de personas en sus domicilios; prohibición de determinadas reuniones; prohibición de entrar y salir de ciertos territorios; prohibición de apertura de establecimientos comerciales, etc.

Para motivar estas restricciones, las autoridades autonómicas han esgrimido, principalmente, el art. 3 de la [Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública \(en adelante, LOMESP\)](#), que dispone que «con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». En alguna ocasión han invocado adicionalmente la legislación autonómica de protección civil, donde se prevé que las autoridades competentes en esta materia, ante cualquier situación de grave riesgo o emergencia, podrán, por ejemplo, «disponer el confinamiento de personas en sus domicilios o en lugares seguros»³. Un

³ Vid., por ejemplo, el art. 5.1.b) de la [Ley 3/2019, de 8 de abril, del Sistema de Protección Civil y Gestión de Emergencias de Cantabria](#); art. 11.b) de la [Ley 30/2002, de 17 de diciembre, de Protección Civil y Atención de Emergencias de Aragón](#); art. 8.a) del [texto refundido de la Ley vasca de Gestión de Emergencias \(Decreto Legislativo 1/2017, de 27 de abril\)](#).

número considerable de autores, en su mayoría administrativistas, ha considerado lícitas estas medidas⁴.

Esta posibilidad, sin embargo, ha sido cuestionada por otros muchos autores –en su mayoría, constitucionalistas–⁵, a la vista, sobre todo, de lo dispuesto en la [Ley Orgánica, 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio \(en adelante, LOEAES\)](#). Esta disposición atribuye al Gobierno de España la competencia para decretar el estado de alarma en situaciones de «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves» [art. 4.b)] y, en su virtud, para: limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos; practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias; intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados; limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad; impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de mercados y el funcionamiento de los servicios de centros de producción afectados (art. 11), y «adoptar las medidas establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas» (art. 12.1).

⁴ DOMÉNECH PASCUAL (2020a), [«Derecho público del coronavirus \(I\). Competencia autonómica para adoptar medidas de contención»](#), *Almacén de Derecho*, 14 de marzo de 2020; DOMÉNECH PASCUAL (2020c), [«Comunidades autónomas, derechos fundamentales y covid-19»](#), *Almacén de Derecho*, 21 de julio de 2020; NOGUEIRA LÓPEZ (2020a), «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 22-31; NOGUEIRA LÓPEZ (2020b), [«El confinamiento no necesita el estado de alarma»](#), *El País*, 13 de julio de 2020; VELASCO CABALLERO (2020d), [«Confinamientos autonómicos, el caso de Lleida»](#), *Blog de Francisco Velasco*, 13 de julio de 2020; DE LA SIERRA (2020), [«Actualicemos el marco jurídico de las crisis sanitarias»](#), *Agenda Pública*, 16 de julio de 2020; BOIX PALOP (2020), [«El baile “agarrao” entre Estado, Comunidades Autónomas y jueces para una mejor gestión de la pandemia de Covid-19»](#), *No se trata de hacer leer*, 8 de agosto de 2020; GAMERO CASADO (2020), [«Legalidad y control de las nuevas limitaciones de derechos ante rebrotes del Covid-19»](#), *Almacén de Derecho*, 27 de agosto de 2020; BAÑO LEÓN (2020), [«Confusión regulatoria en la crisis sanitaria»](#), *Almacén de Derecho*, 29 de octubre de 2020; SARRIÓN ESTEVE (2020), «La competencia de las autoridades sanitarias para restringir derechos en situación de crisis sanitaria», *Gaceta Sanitaria*, publicado on line el 15 de septiembre de 2020; RIDAO (2021a), «La pugna sobre la prevalencia del estado de alarma o de los poderes de necesidad de la legislación sanitaria como expresión de las diferencias sobre el estado autonómico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 95; ÁLVAREZ GARCÍA (2021a), 2020, *el año de la pandemia (estudios jurídicos)*, Iustel, Madrid, p. 29; ÁLVAREZ BUJÁN (2021), «A propósito del estado de alarma decretado en España por causa del Covid-19: el olvido del principio de proporcionalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, 119, pp. 229-237; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2021), *Mentiras, pandemia y Estado de derechos*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, pp. 52-97.

⁵ SÁENZ ROYO (2020), [«Limitar derechos fundamentales durante la pandemia»](#), *Agenda Pública*, 14 de julio de 2020; CARMONA CONTRERAS (2020), [«El fin no justifica los medios»](#), *El País*, 16 de julio de 2020; TERUEL LOZANO (2020), [«Desconcierto jurídico ante el rebrote de la pandemia: pinceladas aclaratorias»](#), *Hay Derecho*, 26 de agosto de 2020; BARNES VÁZQUEZ (2020), [«Falsos dilemas en la lucha contra la pandemia»](#), *Almacén de Derecho*, 27 de agosto de 2020; DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2020), «Estado autonómico y lucha contra la pandemia», en BIGLINO y DURÁN (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, pp. 7-19; ARAGÓN REYES (2020a), «Epílogo», en *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, pp. 10-14; DE LA QUADRA-SALCEDO (2020), [«Rompiendo el espejo»](#), *El País*, 14 de septiembre de 2020; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO (2020a), «Desafíos constitucionales ante el coronavirus», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Derechos fundamentales en estado de alarma: una aproximación multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, pp. 152-156; TAJADURA TEJADA (2021), «El estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales», *Revista Vasca de Administración Pública*, 120, pp. 137-175; CUENCA MIRANDA (2021), «Análisis crítico de un estado de alarma excepcional: la covid-19 y el derecho de excepción», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, p. 23; TERUEL LOZANO (2021b), [«Estado de alarma y derechos fundamentales ante la pandemia de la COVID-19»](#) (disponible en academia.edu), pp. 26-47.

3.2. La práctica administrativa y jurisprudencial

a. *Periodo anterior al primer estado de alarma*

Antes de que el Gobierno de España declarara el estado de alarma el 14 de marzo de 2020, varias Comunidades autónomas habían adoptado ya medidas de contención de la COVID-19 restrictivas de derechos fundamentales, tras recabar la autorización judicial prevista en el art. 8.6.II de la [Ley 29/1998, de 12 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa \(en adelante, LJCA\)](#). Ningún órgano jurisdiccional las consideró inconstitucionales⁶.

b. *Primer estado de alarma*

Del [Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo](#), por el que se declaró el estado de alarma, interesa ahora destacar dos puntos. El primero es que dispuso que «todas las disposiciones y medidas adoptadas previamente por las autoridades competentes de las comunidades autónomas y de las entidades locales con ocasión del coronavirus COVID-19» quedaban «ratificadas» y «[continuarían] vigentes y [producirían] los efectos previstos en ellas, siempre que [resultasen] compatibles con este real decreto» (disp. adicional 1ª.1). Con ello, el Gobierno daba a entender que las consideraba constitucionalmente lícitas. En segundo lugar, en su preámbulo se afirmaba que tanto la declaración del estado de alarma como las medidas en él previstas eran «imprescindibles para hacer frente a la situación».

c. *Periodo comprendido entre el primer y el tercer estado de alarma*

Finalizado el primer estado de alarma, y ante el preocupante incremento de los contagios en algunas zonas del país, varias autoridades autonómicas volvieron a imponer restricciones similares: prohibiciones de entrar y salir de ciertos territorios («cierres perimetrales»); limitación del número de personas que podían reunirse en espacios públicos; prohibición de circular por las vías públicas durante la noche («toques de queda»), etc. Salvo error nuestro, todos los Juzgados las ratificaron, salvo uno madrileño y otro leridano, que las rechazaron por considerar que las Comunidades autónomas no podían adoptar medidas generales restrictivas de derechos fundamentales al amparo de la legislación sanitaria⁷.

Ello motivó que el legislador reformara la LJCA con el objeto de atribuir a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer de «la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal [considerasen]

⁶ Para más detalles, SALAMERO TEIXIDÓ (2020), «Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19», *Diario La Ley*, 9638, 22 de mayo de 2020.

⁷ Vid. el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Lleida (en funciones de guardia) de 12 de julio de 2020, y el Auto del Juzgado Contencioso-administrativo núm. 2 de Madrid 121/20, de 20 de agosto de 2020.

urgentes y necesarias para la salud pública e [implicasen] la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no [estuviesen] identificados individualmente»⁸.

Con independencia de la valoración que dicha autorización judicial merezca⁹, lo cierto es que esta reforma legislativa constituía un inequívoco espaldarazo para la referida competencia autonómica, al prever explícitamente que las autoridades sanitarias de ámbito distinto del estatal podían tomar dichas medidas¹⁰. Es probable que el legislador considerara que esta reforma sería suficiente para aclarar la cuestión y eliminar definitivamente las reticencias judiciales.

Sin embargo, no fue esto lo que ocurrió en la práctica. Si bien la mayoría de los Tribunales siguió reconociendo dicha competencia¹¹, los de Madrid¹², Aragón¹³, País Vasco¹⁴ y Castilla-León la negaron¹⁵. Ello forzó al Gobierno de España a declarar, primero, un breve estado de alarma para la Comunidad de Madrid¹⁶ y, posteriormente, otro para todo el Estado.

d. Tercer estado de alarma

⁸ Vid. el art. 10.8 LJCA, redactado de acuerdo con 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](#).

⁹ En sentido crítico, entre otros, BAÑO LEÓN (2020); MUÑOZ MACHADO (2020, p. 128); ÁLVAREZ GARCÍA (2021a, pp. 116-120).

¹⁰ Así lo estiman, por ejemplo, CIDONCHA MARTÍN (2020), «Coronavirus y libertad de empresa», en BIGLINO y DURÁN (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020, pp. 23 y 24; HUERGO LORA (2021), «Fuentes del Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, VELASCO y GREGORACI (coords.), t. I, p. 182.

¹¹ En relación con cierres perimetrales de uno o varios municipios, vid. los Autos de los TSJ de Navarra de 25 de septiembre 2020 ([ECLI:ES:TSJNA:2020:63A](#)); Murcia de 25 de septiembre de 2020 ([ECLI:ES:TSJMU:2020:26A](#)); Andalucía de 2 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSIAND:2020:93A](#)); La Rioja de 2 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJLR:2020:39A](#)); Galicia de 9 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJGAL:2020:104A](#)). En relación con el cierre perimetral del entero territorio autonómico, vid. los Autos de los TSJ de Navarra de 22 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJNA:2020:37A](#)); La Rioja de 24 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJLR:2020:40A](#)). En relación con restricciones del derecho de reunión, vid. los Autos de los TSJ de Extremadura de 21 y 24 de septiembre y 19 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJEXT:2020:8A](#), [ECLI:ES:TSJEXT:2020:9A](#) y [ECLI:ES:TSJEXT:2020:27A](#)); Galicia de 23 de septiembre de 2020 ([ECLI:ES:TSJGAL:2020:93A](#)); Murcia de 9 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJMU:2020:31A](#)). En relación con los toques de queda, ATSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJCV:2020:94A](#)). Tomamos las referencias de RODRÍGUEZ FIDALGO (2021), donde pueden encontrarse más detalles.

¹² ATSJ de Madrid de 8 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJM:2020:308A](#)). El caso de Madrid presenta algunas particularidades en las que no hace falta entrar aquí. Vid. al respecto V. ÁLVAREZ GARCÍA (2020, pp. 120-127).

¹³ ATSJ de Aragón de 10 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJAR:2020:96A](#)).

¹⁴ ATSJ del País Vasco de 22 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJPV:2020:52A](#)).

¹⁵ AATSJ de Castilla y León de 25 y 28 de octubre y 6 de noviembre de 2020. [ECLI:ES:TSICL:2020:89A](#), [ECLI:ES:TSICL:2020:94A](#) y [ECLI:ES:TSICL:2020:104A](#). El TSJ reconoce que en anteriores ocasiones había estimado que el art. 3 LOMESP permite imponer «confinamientos perimetrales de algunas poblaciones de la Comunidad» y «la limitación del derecho de reunión a seis personas en los casos de reuniones de carácter social o familiar, salvo convivientes». Pero ahora declara que este precepto no autoriza restricciones más intensas («toque de queda nocturno» y suspensión de visitas y prohibición de salidas en residencias de mayores) que se extienden al territorio de toda la Comunidad en una situación extraordinaria de crisis sanitaria persistente.

¹⁶ [Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2](#).

Este estado de alarma (declarado por el [RD 926/2020, de 25 de octubre](#)) presentaba tres grandes diferencias respecto del primero. Si éste fue objeto de seis prórrogas quincenales, el tercero fue prorrogado una sola vez (en virtud del [RD 956/2020, de 3 de noviembre](#), previa [autorización parlamentaria](#)) por seis meses. Ello debilitaba notablemente el control que el Congreso podía ejercer sobre el Gobierno. El único mecanismo previsto específicamente con este fin consistía en que el Presidente del Gobierno y el Ministro de Sanidad debían comparecer periódicamente en el Congreso (cada dos meses ante el Pleno y cada mes ante la Comisión de Sanidad y Consumo, respectivamente) para rendir cuentas.

En segundo lugar, las restricciones previstas en este tercer estado de alarma eran menos intensas que las impuestas en el primero, y sólo afectaban a algunos de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 15 a 29 CE. En particular, se limitaba: la libertad de circulación de las personas en horario nocturno (art. 5); la entrada y salida de las Comunidades y Ciudades autónomas (art. 6); el número de personas que podían reunirse en espacios públicos y privados (art. 7), y los aforos en espacios de culto (art. 8).

En tercer lugar, el RD 926/2020 condicionaba la eficacia de tales limitaciones en el territorio de cada Comunidad autónoma a que así lo dispusiera la autoridad autonómica correspondiente (art. 9), que también podía «modular, flexibilizar y suspender» su aplicación, «con el alcance y ámbito territorial» que determinara (art. 10). Es decir, el Gobierno otorgaba a las autoridades autonómicas una amplísima habilitación para imponer dichas restricciones y precisar su alcance. Además, señalaba que dichas autoridades «[conservarían] las competencias que [les otorgaba] la legislación vigente, así como la gestión de sus servicios y de su personal, para adoptar las medidas que [estimasen] necesarias, sin perjuicio de lo establecido en este real decreto» (art. 12)¹⁷.

Finalmente, disponía que, para acordar estas medidas, las autoridades autonómicas delegadas no precisarían «la tramitación de procedimiento administrativo alguno», ni tampoco la ratificación o autorización judicial prevista en la LJCA (art. 2.3).

No resulta difícil imaginar las razones a las que obedecía esta regulación. El primer estado de alarma conllevó una fuerte centralización de las competencias sanitarias, cuyos resultados no fueron muy satisfactorios. Piénsese en: los fracasos sufridos por la Administración General del Estado al comprar material sanitario; las dificultades para tratar los datos epidemiológicos proporcionados por las Comunidades autónomas; los incumplimientos de la legislación sobre transparencia y buen gobierno¹⁸; las decisiones relativas al «desconfinamiento» de ciertos territorios, aparentemente arbitrarias y carentes de motivación, etc.

La explicación es bien sencilla. La Administración central carece hoy de las estructuras organizativas, los medios personales, la experiencia y los conocimientos necesarios para gestionar de manera tan centralizada una crisis sanitaria de la envergadura de la de la COVID-

¹⁷ Con arreglo a este precepto, algunas Comunidades autónomas adoptaron medidas sanitarias restrictivas de derechos no previstas en el RD 956/2020. Vid. el ATSJ de Castilla-La Mancha de 19 de abril de 2021 ([ECLI:ES:TSJCLM:2021:27A](#)).

¹⁸ BLANES CLIMENT (2020), «La incidencia del COVID-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas», *Revista Española de la Transparencia*, 11, pp. 13-20.

19¹⁹. Desde hace décadas, esos recursos están en manos de las Comunidades autónomas, que ostentan las competencias ordinarias de gestión de la sanidad y que, por ello, tienen mejores medios, información y experiencia que el Estado para gestionar esta crisis con acierto. La Administración central sólo cuenta con una ventaja comparativa respecto de las autoridades autonómicas cuando se trata de ejercer las funciones de coordinación y de gestión de la sanidad exterior que ya le corresponde desempeñar en situaciones normales (art. 149.1.16^a CE).

Ésta es la principal razón por la cual, antes incluso de que finalizara el primer estado de alarma, se inició un proceso de «devolución» de competencias sanitarias a las Comunidades autónomas²⁰. Y que, después de la conclusión de ese proceso, el Gobierno se haya limitado a ejercer en esta materia funciones de coordinación, y se haya mostrado sumamente reticente a asumir otra vez competencias de gestión directa.

En este contexto, el Gobierno declaró un nuevo estado de alarma no porque considerara que era la mejor manera de hacer frente a la pandemia, sino porque no le quedó más remedio, porque se vio forzado a ello por la jurisprudencia sostenida por unos pocos Tribunales Superiores de Justicia, que estimaban que la legislación vigente no permitía a las autoridades autonómicas adoptar las necesarias medidas de contención de la COVID-19. A la vista de esta jurisprudencia, el estado de alarma constituía la única vía de proteger adecuadamente la vida y la salud de los ciudadanos de las correspondientes Comunidades autónomas.

Pero el Gobierno no cometió esta vez el error de gestionar centralizadamente la crisis, de precisar qué medidas de protección sanitaria había que tomar y con qué alcance. Habida cuenta de la insatisfactoria experiencia anterior y de que seguramente ya no contaba con los apoyos políticos necesarios para imponer un estado de alarma fuertemente centralizado, el Gobierno dejó esas decisiones en manos de los poderes públicos que presumiblemente estaban mejor situados, pertrechados y preparados para adoptarlas.

e. Periodo posterior al tercer estado de alarma

Finalizado este estado de alarma, ha vuelto a plantearse el problema. Ante el incremento de los contagios, prácticamente todas las Comunidades autónomas han estimado necesario acordar medidas de protección de la salud restrictivas de derechos (principalmente, «toques de queda» y «cierres perimetrales») y, subsiguientemente, han recabado la autorización previa de los Tribunales, que se han pronunciado sobre el particular de manera divergente.

¹⁹ Según ÁLVAREZ GARCÍA, ARIAS APARICIO y HERNÁNDEZ DÍEZ (2020, p. 102), en virtud del primer estado de alarma «se concentraron jurídicamente inmensos poderes en una Administración que no tenía la capacidad de gestionarlos».

²⁰ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA (2020), «La devolución competencial a las comunidades autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de Covid-19», *Revista General de Derecho Administrativo*, 55.

En un primer momento, esta competencia autonómica fue afirmada por la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia²¹, y negada por los del País Vasco²², Andalucía (Granada y Málaga)²³ y Castilla-La Mancha²⁴. Esta vez, sin embargo, el Tribunal Supremo ha acabado pronunciándose sobre el particular en virtud del nuevo recurso de casación introducido en la LJCA por el [Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo](#). El Supremo ha dejado sentado que el art. 3 LOMESP da una cobertura legal suficiente para que las Comunidades autónomas impongan restricciones generales de derechos fundamentales²⁵.

3.3. La interpretación literal y sistemática del art. 3 LOMESP

Algunos autores entienden que este precepto no permite imponer restricciones de alcance general, sino sólo individualizadas, pues únicamente contempla la posibilidad de tomar medidas que afecten a los enfermos, las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y a las situadas en el medio ambiente inmediato²⁶. TAJADURA TEJADA considera, sin embargo, que este artículo también habilita a las autoridades sanitarias para adoptar «medidas generales, pero sólo en el caso de que su afectación del derecho sea superficial, por ejemplo: fijación de aforos, horarios de apertura o distancias de seguridad»²⁷.

El tenor literal del precepto desmiente ambas interpretaciones. Nótese que éste contiene dos incisos, que prevén respectivamente la posibilidad de tomar: (i) «las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato»; y, además, (ii) «las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

Así las cosas, resulta irrazonable sostener que este artículo sólo habilita a las autoridades sanitarias para imponer restricciones a una o varias personas determinadas («los enfermos y las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos»), pues esta interpretación vaciaría de sentido el referido inciso segundo. No debe interpretarse una cláusula legal en un sentido que le priva de efecto²⁸. Hemos de presumir que, si el legislador quiso añadir este segundo inciso, es porque así pretendía conseguir un efecto práctico adicional: posibilitar la adopción de medidas que afectaran a personas distintas de las mencionadas en el primer inciso.

²¹ Vid., entre otros, los Autos de los TSJ de Cataluña de 7 de mayo de 2021 (rec. Ordinario 195/2021); Canarias de 9 de mayo de 2021 (proc. núm. 138/2021); Comunidad Valenciana de 7 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TSICV:2021:14A](#)); Extremadura de 10 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TSIEXT:2021:8A](#)); Andalucía (Sevilla) de 11 y 14 de mayo de 2021 (proc. ordinarios núm. 331 y 345/2021); Galicia de 12 de mayo de 2021 (proc. derechos fundamentales núm. 7224/2021); Madrid de 13 y 14 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TSIM:2021:147A](#) y [ECLI:ES:TSIM:2021:148A](#)); Murcia de 12 de mayo de 2021; Navarra de 11 y 19 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TSINA:2021:40A](#) y [ECLI:ES:TSINA:2021:44A](#)); e Islas Baleares de 7 y 20 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TSIBAL:2021:4A](#) y [ECLI:ES:TSIBAL:2021:5A](#)).

²² ATSJ del País Vasco de 7 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TSIPV:2021:37A](#)).

²³ AATSJ de Andalucía (Granada) de 10 y 14 de mayo de 2021 (proced. núm. 908 y 941/2021), y (Málaga) de 14 de mayo de 2021 (Auto núm. 186/21).

²⁴ AATSJ de Castilla-La Mancha de 11 y 14 de mayo de 2021 (proc. 377/2021 y [ECLI:ES:TSICLM:2021:10A](#)).

²⁵ Vid. las SSTs de 24 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:2178](#)), 3 de junio de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:2176](#) y [ECLI:ES:TS:2021:2244](#)), 17 de junio de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:2861](#)) y 21 de julio de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:3103](#)).

²⁶ SÁENZ ROYO (2020); BARNES VÁZQUEZ (2020); TERUEL LOZANO (2020).

²⁷ TAJADURA TEJADA (2021, p. 152).

²⁸ Véase, *mutatis mutandis*, el art. 1284 del Código civil.

El segundo inciso permite literalmente a las autoridades sanitarias acordar cualesquiera medidas que consideren necesarias para controlar el riesgo de una enfermedad transmisible, en la medida en que no restringe en modo alguno el tipo ni el alcance de las medidas que cabe tomar con ese fin. Lo que no quita, obviamente, que esas medidas deban respetar los límites impuestos en otras normas jurídicas, tanto sustantivas (v. gr., el principio de proporcionalidad) como procedimentales (v. gr., la necesidad de autorización judicial prevista en la LJCA).

Por la misma razón ha de rechazarse la tesis de TAJADURA de que ese precepto habilita la adopción de medidas generales, pero sólo si afectan de manera superficial a los derechos fundamentales. No se adivina cómo puede derivarse esa interpretación del citado artículo 3 LOMESP. De hecho, el citado autor no lo explica.

TAJADURA esgrime para criticar «la supuesta interpretación literal [que sostenemos que ésta] prescinde de que en ningún apartado o inciso de este precepto y de los demás contenidos en esta ley se dice que se puedan limitar derechos fundamentales»²⁹.

Este argumento resulta inaceptable. En primer lugar, ignora, incomprensiblemente, que dichos preceptos fueron aprobados mediante ley orgánica «precisamente para despejar cualquier duda que pudiera existir sobre la posibilidad de que la autoridad sanitaria adoptara las medidas necesarias restrictivas de derechos cuando así lo requiriera la protección de la salud pública»³⁰. Como bien advierte MUÑOZ MACHADO, esta disposición legal «carece de un preámbulo que explique la decisión de regular las emergencias fuera del texto de la Ley [[14/ 1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en adelante LGS](#)], pero la tramitación parlamentaria descubre que se invocaron motivos técnicos de carácter constitucional según los cuales sería imprescindible que esas medidas estuvieran contempladas en una ley orgánica, considerando que afectaban a derechos fundamentales y libertades públicas y el artículo 81 de la Constitución impone que el desarrollo de los derechos y libertades se regule por ley orgánica»³¹.

En segundo lugar, también contraviene, una vez más, lo dispuesto en el art. 3 del Código civil, al ignorar el contexto en el que se inserta el art. 3 LOMESP. Este precepto debe interpretarse sistemáticamente en relación con la citada LGS –de la que la LOMESP se «extrajo» durante su tramitación parlamentaria– y, muy especialmente, en relación con el precepto que en el proyecto de ley presentado por el Gobierno le precedía: el art. 28.d) LGS. Éste menciona entre los principios que deben atender «todas las medidas contenidas en el presente capítulo» el consistente en que «se deberán utilizar [aquellas] que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados». El precepto indica claramente, pues, que la nueva regulación legal –que finalmente se desdobló en la LGS y la LOMESP– permitía «perjudicar» esos derechos fundamentales, si bien sólo en la medida necesaria para proteger la salud pública³².

²⁹ TAJADURA TEJADA (2021, p. 153).

³⁰ BAÑO LEÓN (2020).

³¹ MUÑOZ MACHADO (2020), «El poder y la peste de 2020», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 90-91, p. 116.

³² En sentido similar, BAÑO LEÓN (2020).

En tercer lugar, TAJADURA tampoco explica algo que resulta sumamente difícil de comprender y justificar: por qué esa falta de mención explícita a la posibilidad de restringir derechos fundamentales implica que las autoridades autonómicas no pueden restringirlos a través de medidas generales, pero sí a través de medidas individualizadas.

3.4. El sentido del art. 3 LOMESP. Redundancias y cláusulas generales

Algunos Tribunales han estimado que «no sería lógico» interpretar que el art. 3 *in fine* LOMESP autoriza la adopción de cualesquiera medidas que afecten a los derechos fundamentales, pues en tal caso tanto los restantes preceptos de la LOMESP como los de la LOEAES que detallan las medidas que cabe acordar en un estado de alarma para combatir una epidemia grave resultarían redundantes, superfluos³³.

Este razonamiento merece cuando menos dos críticas. En primer lugar, debe resaltarse que el art. 3 *in fine* LOMESP no autoriza la adopción de cualesquiera medidas que afecten a los derechos fundamentales, sino sólo la de aquellas que resulten proporcionadas para proteger la salud pública en casos de enfermedad transmisible.

En segundo lugar, ese razonamiento ignora el valor que en Derecho tienen las redundancias y, en particular, las cláusulas generales parcialmente redundantes. Quienes lo sostienen parten aquí de otro dogma, de otra idea doctrinal preconcebida, intuitiva y tópica: la de que las redundancias legales son «ilógicas», perjudiciales e indeseables, por lo que hay que evitar las interpretaciones que den lugar a ellas. Pero ésta es una idea profundamente equivocada. Tales repeticiones tienen muchas veces una importante utilidad práctica. Permiten proteger eficazmente ciertos intereses, prevenir o corregir errores y propiciar experiencias diversas que generan información valiosa³⁴.

La LOMESP incurre en esta redundancia con el objeto de que, en determinadas situaciones críticas, las autoridades sanitarias puedan afrontar adecuadamente lo previsible y lo imprevisible. Por un lado, regula específicamente y con cierto detalle un catálogo de medidas que las autoridades sanitarias pueden acordar. Las regula así porque, a la luz de la experiencia, es previsible que resulten pertinentes para afrontar una crisis sanitaria. Esta regulación aclara las dudas sobre la posibilidad de tomarlas y, por lo tanto, proporciona seguridad jurídica. Por otro lado, la LOMESP contiene una cláusula general que permite adoptar, además de las referidas medidas, otras que no concreta y que resulten útiles, necesarias y proporcionadas para combatir una enfermedad transmisible. La razón de ser de esta cláusula general salta a la vista. El legislador era consciente de que en la lucha contra una enfermedad tal pueden aparecer problemas que no es posible prever y regular con detalle, pero a los que hay que dar una respuesta pública inmediata que tampoco es posible anticipar y regular pormenorizadamente. Con esta cláusula general se da cobertura legal explícita a la posibilidad de que las autoridades sanitarias actúen proporcionadamente frente a lo imprevisible.

³³ ATSJ de Castilla-La Mancha de 11 de mayo de 2021 (proc. 377/2021). En sentido similar, vid. los AATSJ de Andalucía (Granada) de 10 y 14 de mayo de 2021 (procedimientos 908/2021 y 941/2021).

³⁴ Vid. ACCIARRI y TOHME (2010), *Redundancy of legal rules*; GOLDEN (2016), «Redundancy: When the Law Repeats Itself», *Texas Law Review*, 94, pp. 629-711.

Eliminar esa redundancia tendría consecuencias prácticas muy negativas. Prescindir del catálogo de medidas reguladas específica y detalladamente engendraría dudas acerca de la posibilidad de acordarlas, lo que probablemente provocaría inseguridad jurídica, litigiosidad, contradicciones, desigualdades, desprotección de algunos intereses, etc. Prescindir de la cláusula general impediría que, en circunstancias imprevisibles o imprevistas por el legislador, las autoridades sanitarias pudieran tomar medidas proporcionadas para proteger la vida y la integridad física.

Una solución equivalente encontramos en otros ordenamientos jurídicos. El párrafo 28 de la Ley alemana para la Prevención y Control de Epidemias³⁵, por ejemplo, regula las medidas restrictivas de derechos que pueden adoptarse en estas situaciones. En primer término, este precepto establece una cláusula general que permite a las autoridades competentes «tomar las medidas de protección necesarias en la medida y durante el tiempo que sea necesario para prevenir la propagación de enfermedades transmisibles», medidas que pueden ser generales. A continuación, el precepto regula, a título ilustrativo («*insbesondere*»), algunas de las medidas que las autoridades pueden acordar, y ciertos límites que éstas deben respetar.

La misma estructura tiene la Proposición de Ley Orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Popular con el fin de acabar con las controversias y la inseguridad jurídica generadas por la aplicación de la LOMESP³⁶. La propuesta contempla una lista de medidas concretas que las autoridades sanitarias pueden adoptar para controlar las enfermedades transmisibles, que se cierra con una cláusula general idéntica a la del vigente art. 3 *in fine* LOMESP: «Las [medidas] que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

3.5. La competencia del Gobierno para combatir una epidemia grave: ¿exclusiva o concurrente?

Se ha estimado que las Comunidades autónomas no pueden tomar las mismas medidas restrictivas de derechos que el Gobierno central puede adoptar en un estado de alarma, «porque, en otro caso, el estado de alarma resultaría redundante»³⁷. «Si con el derecho de la normalidad la administración ya puede limitar con esa amplitud los derechos fundamentales, ¿para qué sirven los estados de alarma y de excepción?»³⁸. «Nuestro ordenamiento jurídico no admite tal solapamiento [entre las competencias de las administraciones central y autonómicas]. Por un lado, porque el estatuto jurídico de los derechos fundamentales no es una cuestión competencial, sino que afecta al núcleo sustantivo del vínculo de ciudadanía. Por otro, porque el principio de seguridad jurídica quebraría si ante situaciones sanitarias y epidemiológicas similares cada uno de los diferentes legisladores (central y autonómicos) diera respuestas diferentes. La multiplicación de medidas restrictivas de derechos fundamentales por parte de las diferentes

³⁵ [Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen \(Infektionsschutzgesetz - IfSG\), de 20 de julio de 2020, modificada por última vez por la Ley de 27 de julio de 2021.](#)

³⁶ [Proposición de Ley Orgánica de medidas especiales en materia de salud pública con el fin de controlar enfermedades transmisibles \(BOCG, Congreso, XIV Legislatura, Serie B, 23 de abril de 2021, núm. 161-1\)](#)

³⁷ TAJADURA TEJADA (2021, p. 152).

³⁸ TAJADURA TEJADA (2021, p. 154). En el mismo sentido, DE LA QUADRA-SALCEDO (2020).

administraciones fragmentaría el estatuto jurídico de los derechos fundamentales y quebrantaría la seguridad jurídica»³⁹.

Esta interpretación es errada⁴⁰. Por de pronto, debe subrayarse que la referida competencia autonómica de tomar medidas restrictivas de derechos con arreglo a la legislación sanitaria no hace totalmente redundante o prescindible la competencia que se otorga al Gobierno central para declarar el estado de alarma y adoptar medidas similares. La principal función –utilidad– del estado de alarma es hacer posible una centralización extraordinaria del poder público. Como bien observa VELASCO CABALLERO (2020d), «lo característico del estado de alarma no [es] el apoderamiento al Gobierno para imponer límites a la libre circulación que no estuvieran ya previstos en legislación sanitaria, sino la subordinación de todas las autoridades de España a las decisiones del Gobierno». No cambia el qué, sino el quién y el cómo. La declaración del estado de alarma no altera el tipo de medidas que cabe acordar para afrontar una epidemia, sino el órgano competente para tomarlas y el régimen jurídico de éstas (v. gr., el procedimiento que debe observarse para aprobarlas y los cauces a través de los cuales son revisables por los Tribunales), lo cual puede tener una enorme utilidad práctica. No es ni mucho menos descartable que, en determinadas circunstancias: (i) el Gobierno central se encuentre mejor situado para tomar esas medidas que las autoridades autonómicas; (ii) el expeditivo procedimiento observado en el estado de alarma sea más adecuado que el previsto con carácter ordinario en la legislación sanitaria; y (iii) resulte aconsejable someter dichas medidas a un control judicial «especial», distinto del establecido para situaciones normales. Por ello discrepamos, asimismo, de la tesis según la cual las medidas tomadas por el Gobierno en virtud del estado de alarma, en tanto en cuanto podían haber sido establecidas también por las Comunidades autónomas al amparo de la legislación sanitaria, eran innecesarias y, por ende, desproporcionadas⁴¹.

La interpretación que criticamos también ignora que la Constitución española sí admite supuestos de redundancia o solapamiento competencial, espacios en los que tanto el Estado central como las Comunidades autónomas pueden ejercer concurrentemente las mismas competencias. El ejemplo del fomento de la cultura es el más evidente⁴², pero hay otros. La cláusula de prevalencia prevista en el art. 149.3 CE opera precisamente en casos en los que el Estado y una Comunidad autónoma han dictado válidamente sendas normas contradictorias entre sí en el ejercicio de sus respectivas competencias⁴³.

³⁹ TAJADURA TEJADA (2021, pp. 154 y 155). La [STC 148/2021, de 14 de julio \(FI 3\)](#), declara incidentalmente que «el decreto declarativo de un estado de alarma podrá llegar a establecer restricciones o “limitaciones” de los derechos fundamentales que excedan las ordinariamente previstas en su régimen jurídico, pues de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis».

⁴⁰ También la critican DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2020, p. 22); VELASCO CABALLERO (2020d); NOGUEIRA LÓPEZ (2020b).

⁴¹ Tesis sostenida por ÁLVAREZ BUJÁN (2021, pp. 229-237).

⁴² Vid., por todos, ALEGRE ÁVILA (2018), «Las competencias concurrentes sobre cultura», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, BOE, Madrid, t. II, pp. 1499-1507.

⁴³ Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Sistema de fuentes del Derecho administrativo», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, DOMÉNECH PASCUAL y ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, t. I, cap. 11, §§ 55-66.

Hay razones muy sólidas para concluir que éste es precisamente uno de esos casos en los que hay un solapamiento tal⁴⁴. Los argumentos esgrimidos para negarlo son muy débiles. El primero es una de esas típicas afirmaciones oscuras, apodícticas y que apelan a la intuición del lector características de una visión dogmática del Derecho: «el estatuto jurídico de los derechos fundamentales no es una cuestión competencial, sino que afecta al núcleo sustantivo del vínculo de ciudadanía». No alcanzamos a comprender por qué de ello se deriva que la competencia del Gobierno central para combatir una epidemia grave con medidas generales restrictivas de derechos es exclusiva y no concurrente.

El segundo argumento señala las indeseables consecuencias prácticas que supuestamente se derivarían de semejante solapamiento: «el principio de seguridad jurídica quebraría si ante situaciones sanitarias y epidemiológicas similares cada uno de los diferentes legisladores (central y autonómicos) diera respuestas diferentes». Este argumento pasa por alto que la Constitución española ha dispuesto un mecanismo que permite resolver –y, a la postre, prevenir– las contradicciones que eventualmente puedan surgir en el ejercicio de estas y otras competencias concurrentes: la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE. Si se produce un conflicto entre las medidas previstas en el decreto del estado de alarma y las adoptadas por las Comunidades autónomas, las primeras prevalecen⁴⁵.

En el epígrafe anterior hemos visto que las redundancias jurídicas satisfacen a veces una importante necesidad práctica. Aquí tenemos otro ejemplo. Un examen atento de las consecuencias reales que pueden desprenderse de las dos interpretaciones posibles apoya claramente la tesis de las competencias concurrentes, que en este punto tiene tres grandes ventajas. La primera es que asegura una protección más eficaz de los bienes jurídicos en juego. En situaciones de extraordinaria y urgente necesidad es relativamente probable que la autoridad que, desde una perspectiva *ex ante*, podría pensarse se encuentra en una mejor posición para actuar no lo esté efectivamente desde una perspectiva *ex post*, precisamente como consecuencia de acontecimientos extraordinarios, difícilmente previsibles *a priori*. De ahí que, para los escenarios catastróficos, el legislador suela conferir poderes de actuación a varias autoridades [no sólo a las estatales y a las autonómicas, sino incluso también a las municipales⁴⁶], a fin de mitigar el riesgo de que algunas de ellas se vean en la imposibilidad de ejercer sus competencias o, por las razones que sean, no las ejerzan efectivamente como sería deseable.

Algo de esto ocurrió precisamente en la crisis del coronavirus. Recordemos que el Gobierno de España tardó muchos más días que varias Comunidades autónomas en tomar medidas de contención de la COVID-19. Da la impresión de que en ello influyeron, hasta cierto punto, las dificultades que para reunirse, deliberar y tomar decisiones válidas de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente ocasionó el hecho de que varios de sus miembros habían contraído la enfermedad o se encontraban en cuarentena como medida de precaución, así como el temor a que el resto la contrajera. Prueba de estas dificultades es que el Gobierno tuvo que reformar su

⁴⁴ VELASCO CABALLERO (2020e), «Estado de alarma y distribución territorial del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, p. 83.

⁴⁵ VELASCO CABALLERO (2020e, p. 83).

⁴⁶ Art. 21.1.m) de la [Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local \(en adelante, LBRL\)](#).

ley reguladora mediante un Real Decreto-ley, publicado un día antes de declarar el estado de alarma, para poder reunirse, deliberar y decidir a distancia por medios electrónicos⁴⁷.

Y algo parecido le sucedió al órgano encargado de decidir sobre la prórroga del estado de alarma y controlar al Gobierno⁴⁸. El Congreso entró en un estado de «hibernación». «Durante un mes, las Cortes Generales estuvieron prácticamente paralizadas»⁴⁹. Se produjo un «eclipse parlamentario»⁵⁰. Como denuncian incluso los defensores de la tesis que aquí criticamos, «las Cámaras dejaron de reunirse»⁵¹, hubo una «situación de parálisis casi total producida en el Congreso de los Diputados durante las tres primeras semanas del estado de alarma, a pesar de lo dispuesto en el art. 116.5 CE»⁵², donde puede leerse que su funcionamiento no puede interrumpirse durante la vigencia de ese estado.

La segunda gran ventaja de la tesis de las competencias concurrentes es que evita la inseguridad jurídica que genera la tesis contraria. De acuerdo con esta última, las Comunidades autónomas no pueden adoptar medidas «generales» restrictivas de derechos, sino sólo medidas «individualizadas». El problema es que, muchas veces, en la práctica no resulta fácil distinguir entre ambos tipos de medidas, lo que puede generar dudas, incertidumbre, la inacción de las autoridades autonómicas y estatales, contradicciones y litigiosidad. Por ejemplo, ¿tiene carácter singular o general la prohibición impuesta a *todas* las personas ingresadas en *todas* las residencias y viviendas sociosanitarias de una Comunidad autónoma de salir de ellas, salvo en situaciones de fuerza mayor? ¿Y la obligación impuesta a *todas* esas personas de guardar una cuarentena en caso de reingreso? En nuestra opinión, se trata de medidas claramente generales, dirigidas a una pluralidad indeterminada de destinatarios. Sin embargo, el TSJ de Castilla-La Mancha, que sostenía la tesis de la competencia exclusiva del Gobierno de España, entendió que eran medidas individuales amparadas por el art. 3 LOMESP y, por ello, las ratificó⁵³.

La tercera ventaja es que el ejercicio de la misma competencia por varias autoridades permite comparar las medidas adoptadas y determinar cuáles han dado mejores resultados. Se puede obtener así información valiosa.

Adicionalmente, debe notarse que ningún precepto de la Constitución, la LOEAES o la LOMESP sugiere siquiera que la referida competencia del Gobierno sea exclusiva. Al contrario, el art. 12.1 LOEAES contempla aquí un cierto solapamiento competencial, cuando dispone que «la Autoridad competente [en el estado de alarma] podrá adoptar por sí, según los casos, además de

⁴⁷ Disposición adicional primera del [Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19](#).

⁴⁸ Vid., entre otros, GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ (2020), «Actividad y funcionamiento de las Cortes Generales durante el estado de alarma por COVID-19», en TUDELA ARANDA (ed.), *El Parlamento ante la COVID-19*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 18-27; TUDELA ARANDA (2021), «Parlamento y estado de alarma», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; AGUADO RENEDO (2021), «Gobierno y Parlamento en la emergencia sanitaria», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, VELASCO y GREGORACI (coords.), t. I, pp. 49-56.

⁴⁹ TUDELA ARANDA (2021, p. 12).

⁵⁰ HUERGO LORA (2021, p. 185).

⁵¹ TAJADURA TEJADA (2021, p. 159).

⁵² FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (2021a), «Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, 119, p. 63.

⁵³ Autos de 20 de enero y 19 de abril de 2021 ([ECLI:ES:TSJCLM:2021:1A](#) y [ECLI:ES:TSJCLM:2021:27A](#)).

las medidas previstas en los artículos anteriores [¡que no distinguen entre medidas generales e individualizadas!], las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales» [donde tampoco se distingue entre esas dos clases de medidas].

También los tres decretos por los que se declararon los correspondientes estados de alarma con ocasión de la COVID-19 contemplaban un solapamiento semejante. En el primero se establecía que «cada Administración [conservaría] las competencias que le [otorgaba] la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que [estimase] necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma» (art. 6 RD 463/2020)⁵⁴. Los dos siguientes contenían un precepto con arreglo al cual «cada Administración [conservaría] las competencias que le [otorgaba] la legislación vigente, así como la gestión de sus servicios y de su personal, para adoptar las medidas que [estimase] necesarias, sin perjuicio de lo establecido en este real decreto» (art. 6 RD 900/2020 y art. 12 RD 926/2020). Adviértase que este último precepto reconocía a las autoridades autonómicas un margen de actuación mayor que el primero, al disponer que éstas podían acordar las medidas que estimasen necesarias bajo su propia responsabilidad y fuera del marco de las órdenes dictadas por el Gobierno. Ello se explica, seguramente, por la negativa experiencia que supuso la excesiva recentralización del primer estado de alarma⁵⁵.

De hecho, en la práctica hubo algunos casos de acumulación de medidas estatales y autonómicas, que los Tribunales dieron por válida. El TSJ de Castilla-La Mancha, por ejemplo, autorizó varias restricciones de derechos fundamentales impuestas por la administración autonómica y no previstas en el Real Decreto 926/2020, en virtud del cual se había declarado el tercer estado de alarma: prohibición de salidas de residencias y viviendas de mayores, salvo casos de fuerza mayor; obligación de guardar cuarentenas al reingreso; obligación de pasar un test diagnóstico impuesta a los trabajadores de residencias sociosanitarias que se reincorporen a ellas tras un periodo de ausencia, etc.⁵⁶

3.6. ¿Interpretación restrictiva de las normas que restringen (y protegen) derechos fundamentales?

Al objeto de negar que el art. 3 LOMESP habilite a las autoridades autonómicas para adoptar las referidas medidas, se ha esgrimido que, en tanto en cuanto se trata de una disposición legal que permite limitar derechos fundamentales, debe ser interpretada restrictivamente⁵⁷ o en el sentido más favorable para éstos⁵⁸. En virtud de una interpretación tal, se ha llegado a sostener que el art. 3 LOMESP no sería aplicable para afrontar una situación como la creada por la COVID-19, porque este precepto «habla del control de enfermedades transmisibles, no habla de acometer

⁵⁴ Vid., asimismo, el art. 6 RD 900/2020.

⁵⁵ Véase una crítica a esta excesiva centralización en LASAGABASTER HERRARTE (2020), «La respuesta a la pandemia del Covid19 y el estado de las autonomías», *Eunomía*, 19, pp. 127-153.

⁵⁶ AATSJ de Castilla-La Mancha de 20 de enero y 19 de abril de 2021 ([ECLI:ES:TSICLM:2021:1A](#) y [ECLI:ES:TSICLM:2021:27A](#)).

⁵⁷ Vid., por ejemplo, los Autos de los TSJ de Aragón de 10 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSIAR:2020:96A](#)); Castilla y León de 25 de octubre y 6 de noviembre de 2020 ([ECLI:ES:TSICL:2020:89A](#) y [ECLI:ES:TSICL:2020:104A](#)); y País Vasco de 22 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSIPV:2020:52A](#)).

⁵⁸ AATSJ de Andalucía (Granada) de 10 y 14 de mayo de 2021 (procedimientos 908/2021 y 941/2021).

situaciones de crisis sanitaria, de epidemia, o de pandemia»⁵⁹. Y ello a pesar de que, en el lenguaje común, el concepto de epidemia encaja perfectamente en el de enfermedad transmisible⁶⁰.

El gran problema de ese tópico y manido argumento, en un caso como el que nos ocupa, es que el art. 3 LOMESP y las medidas en él previstas tienen un doble efecto sobre los derechos fundamentales: los restringen, pero también los protegen. Resuelven un conflicto entre (i) los derechos restringidos (v. gr., libertad de circulación y reunión), de los que derivan para las autoridades competentes la obligación negativa de respetarlos, y (ii) los derechos a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), que imponen a esas mismas autoridades la obligación positiva de protegerlos⁶¹.

El TSJ de Aragón llega a decir que aquí sólo están en juego el derecho fundamental a la libertad de circulación (art. 19 CE) y el principio de protección de la salud pública (art. 43 CE), que no es un genuino derecho fundamental y que, por ello, al parecer, debe ceder ante aquél: «debe descartarse... que nos encontremos ante una ponderación de derechos fundamentales igualmente equivalentes en los que deba optarse por uno u otro»⁶².

Incomprensiblemente, este Tribunal desconoce que la aplicación del art. 3 LOMESP afecta también a los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física⁶³. Ignora la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, sobre todo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) según la cual estos derechos imponen a las autoridades públicas obligaciones positivas de protegerlos⁶⁴. Y resulta obvio que una enfermedad transmisible que sólo en España deja decenas de miles de muertos en unos meses y que amenaza con seguir matando otros tantos constituye uno de esos riesgos frente a los cuales los poderes públicos deben adoptar medidas de protección como las previstas en el art. 3 LOMESP. En una reciente Sentencia, el TEDH ha declarado precisamente que, en cumplimiento de su obligación de proteger la vida frente al riesgo que suponen determinadas enfermedades transmisibles, los Estados pueden imponer a ciertas personas el deber de vacunarse. El TEDH considera «pertinente reiterar que los Estados Contratantes tienen la obligación positiva, en virtud de las disposiciones pertinentes del Convenio, en particular los artículos 2 y 8, de tomar las medidas adecuadas para proteger la vida y la salud de quienes se encuentren dentro de su jurisdicción»⁶⁵. Como advierte JANER TORRENS, «la adopción de medidas restrictivas para hacer frente a la crisis sanitaria [de la

⁵⁹ ATSJ de Aragón de 10 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJAR:2020-96A](#)).

⁶⁰ Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia española, epidemia significa «enfermedad que se propaga algún tiempo por un país, acometiendo simultáneamente a gran número de personas».

⁶¹ Vid. lo que al respecto señalaremos *infra*, 3.6.b).

⁶² ATSJ de Aragón de 10 de octubre de 2020 ([ECLI:ES:TSJAR:2020-96A](#)).

⁶³ Vid., en este sentido, las acertadas consideraciones de DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2021, p. 87).

⁶⁴ Vid., por ejemplo, AKANDJI-KOMBE (2007), *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, pp. 20-35; BARCELONA LLOP (2007), «Obligaciones positivas del Estado inherentes a la garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 30, pp. 11-52. En general, sobre estas obligaciones positivas de protección, entre otros, MOWBRAY (2004), *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart, Oxford; DOMÉNECH PASCUAL (2006), *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, CEPC, Madrid; XENOS (2011), *The Positive Obligations of the State Under the European Convention of Human Rights*, Routledge, London.

⁶⁵ [STEDH de 8 de abril de 2021 \(Vavricka y otros c. República Checa, 47621/13, § 282\)](#).

COVID-19] forma parte de las obligaciones positivas de los Estados dirigidas a garantizar el respeto de derechos inderogables como el derecho a la vida y a la integridad física»⁶⁶.

Así las cosas, uno no se explica por qué razón el referido conflicto entre derechos fundamentales ha de resolverse escogiendo la interpretación más favorable para la libertad de circulación y más perjudicial para la vida y la integridad física. No se entiende por qué hay que interpretar restrictivamente una disposición legal que protege la vida y la integridad física de millones de personas, máxime cuando esa interpretación no es en realidad restrictiva, sino manifiestamente contraria a su tenor literal y a la intención del legislador, y tampoco viene respaldada suficientemente por otras normas o principios de nuestro ordenamiento jurídico.

En estos casos, lo que hay que hacer es escoger la interpretación que logre un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses legítimos afectados, es decir, una solución que no limite ni desproteja inútil, innecesaria o desproporcionadamente ninguno de ellos⁶⁷. Así lo ha dejado sentado el TEDH en una abundante jurisprudencia⁶⁸.

3.7. La reserva de ley para restringir derechos fundamentales

a. ¿Satisface el art. 3 LOMESP las exigencias de la reserva de ley?

Se ha sostenido que el último inciso de este precepto vulnera la reserva de ley establecida por la Constitución para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE). Se ha dicho que «nuestro ordenamiento constitucional no permite una “especie de ley de plenos poderes” para la adopción de “cualquier medida” que las autoridades públicas consideren necesaria para hacer frente a una crisis sanitaria»⁶⁹. Esta cláusula es «completamente indeterminada»⁷⁰, una «habilitación en blanco»⁷¹, pues «ni especifica el derecho fundamental que puede ser restringido... ni, por supuesto, las condiciones y garantías de esa limitación»⁷². Por ello, «en absoluto cumple con los requisitos para permitir una acción gubernamental de limitación de derechos generalizada. En todo caso, permitirá una restricción de derechos a personas individualizadas con la consiguiente autorización judicial». «La única legislación que especifica la limitación de la libertad de circulación con las consiguientes condiciones y garantías» es la LOEAS⁷³.

Para defender esta posición se aduce lo declarado en algunas sentencias del Tribunal Constitucional. Las leyes que contemplan la restricción de derechos fundamentales han de

⁶⁶ JANER TORRENS (2020), «La aplicación de la cláusula derogatoria del Convenio Europeo de Derechos Humanos con motivo de la crisis sanitaria derivada del COVID19», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 40, pp. 6 y 7.

⁶⁷ DOMÉNECH PASCUAL (2006, pp. 158-163, 203-205).

⁶⁸ MOWBRAY (2010), «A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, 10-2, pp. 289-317.

⁶⁹ ARAGÓN REYES (2020a, p. 13).

⁷⁰ TAJADURA TEJADA (2021, p. 155).

⁷¹ ARAGÓN REYES (2020a, p. 13).

⁷² SÁENZ ROYO (2020).

⁷³ SÁENZ ROYO (2020).

«expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención»⁷⁴. «Las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación, pues la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción; al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla»⁷⁵.

Esta posición nos parece criticable. Debe notarse, en primer lugar, que resulta incoherente afirmar que el art. 3 LOMESP constituye una habilitación constitucionalmente válida para restringir derechos fundamentales a través de medidas singulares, pero no cuando se trata de medidas generales. Esta posición no se sostiene, pues el grado de indeterminación de la regulación legal es prácticamente idéntico en los dos casos. El primer inciso de ese precepto legal no determina el tipo de medidas que cabe tomar «para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato». El legislador habla simplemente de las «medidas oportunas», sin más. Y tampoco especifica los presupuestos, las condiciones y las garantías que éstas deben respetar.

La tesis dogmática, en segundo lugar, incurre en una cierta confusión de las dos garantías que, según el Tribunal Constitucional, derivan del principio de legalidad consagrado en el art. 53.1 CE: la reserva de ley y el mandato de tipicidad o predeterminación normativa⁷⁶. En virtud de la primera, las restricciones de derechos deben estar previstas mediante normas con rango de ley. En virtud de la segunda, dichas restricciones deben ser reguladas en términos lo suficientemente precisos como para resultar previsibles.

Ciertamente, existe una estrecha relación entre ambas garantías, ya que la reserva de ley no se satisface con una mera *interpositio legislatoris* carente de «contenido material propio», sino que obliga al legislador a regular con cierto grado de detalle y precisión las materias reservadas. La reserva de ley incorpora exigencias de tipicidad. No obstante, la distinción entre ambos mandatos constitucionales existe y tiene relevancia práctica por varias razones⁷⁷.

Aquí interesa subrayar una de ellas: no es constitucionalmente obligado que la ley satisfaga por sí misma todas las exigencias del principio de predeterminación normativa. Al legislador le está permitido ordenar sólo algunos aspectos de la materia reservada y remitir a la Administración la regulación de los restantes, a fin de que ésta los concrete en términos lo suficientemente precisos como para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el alcance de sus derechos y se reduzca hasta lo razonable el margen de apreciación de la autoridad competente para

⁷⁴ [STC 49/1999, de 5 de abril](#).

⁷⁵ [STC 76/2019, de 22 de mayo](#), entre otras.

⁷⁶ Vid., por ejemplo, las SSTC [42/1987, de 7 de abril \(FI 2\)](#); [305/1993, de 25 de octubre \(FI 3\)](#); [341/1993, de 18 de noviembre \(FI 10\)](#); [53/1994, de 24 de febrero \(FI 4\)](#); [25/2002, de 11 de febrero \(FI 4\)](#), y [113/2002, de 9 de mayo \(FI 3\)](#).

⁷⁷ Por ejemplo, la reserva de ley no se aplica a las normas preconstitucionales, por lo que hoy se puede imponer una sanción tipificada en un reglamento preconstitucional ([STC 11/1981, de 8 de abril, FI 5](#)). En cambio, el mandato de tipicidad sí rige respecto de aquéllas, por lo que «no resulta admisible imponer sanciones al amparo de normas preconstitucionales que no tipifiquen con el grado de certeza y concreción constitucionalmente exigible las conductas infractoras» ([STC 116/1993, de 29 de marzo, FI 3](#)).

restringirlos en cada caso. Así, por ejemplo, la [STC 132/2001, de 8 de junio \(FI 6\)](#), afirma que la reserva de ley del art. 25.1 CE se respeta si el legislador fija «los criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción» y determina «las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales». Ahora bien, es claro que una regulación de la potestad sancionadora que se limita solamente a establecer «criterios de antijuridicidad» y las clases de sanciones que pueden imponerse no basta para cumplir el mandato de tipicidad. Como apunta dicha Sentencia, la ordenanza municipal deberá luego «establecer los tipos de infracción» y «predeterminar [las correspondientes sanciones] en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica»⁷⁸.

En tercer lugar, la tesis dogmática no tiene en cuenta que las exigencias derivadas de ambas garantías no son rígidas e idénticas en todos los casos, sino flexibles; varían en función de diversas circunstancias. En las materias reservadas, la densidad constitucionalmente exigible de la regulación legal y, correlativamente, la amplitud de las remisiones legales a las disposiciones administrativas de desarrollo dependen de diversos factores: la autonomía constitucionalmente garantizada y la mayor o menor legitimidad democrática de las autoridades administrativas competentes para aprobar esas disposiciones; la complejidad técnica de la materia en cuestión; su carácter cambiante; la dificultad de prever y precisar con detalle qué restricciones serán adecuadas, necesarias y proporcionadas para lograr ciertos fines, etc.⁷⁹

A la hora de precisar esa «densidad constitucionalmente exigible» deben tenerse muy en cuenta cuáles son los beneficios y costes que para los principios jurídicos implicados conlleva incrementarla o reducirla. Los beneficios de la reserva de ley derivan de las especiales características del procedimiento legislativo, que asegura una amplia y plural participación de los representantes directos del pueblo a través de un debate público, a diferencia de los procedimientos administrativo y judicial. La regulación de los derechos fundamentales debe elaborarse mediante un procedimiento que *legitima* la regulación resultante y *protege* los derechos afectados⁸⁰. Cabe pensar que el carácter transparente, plural y democrático de este procedimiento aumentará *normalmente* la aceptación de las decisiones preparadas a su través y tenderá a evitar decisiones que menoscaben tales derechos.

Pero ha de repararse también en sus costes. Una elevada densidad de la regulación legal implica un alto riesgo de que ésta resulte desacertada en el momento de ser aplicada, si el legislador incurrió en errores al dictarla o han cambiado las circunstancias que éste tuvo en cuenta entonces. Imaginemos, por ejemplo, que en la lista detallada y cerrada de las medidas restrictivas de derechos que la ley permite adoptar para proteger la salud pública frente a una epidemia no se contempla la única que, en un caso concreto, resulta adecuada y proporcionada a estos efectos. Ese riesgo es, obviamente, menor si el legislador reduce dicha densidad y, por consiguiente, otorga al órgano encargado de desarrollar o aplicar la ley un mayor margen de maniobra. El problema planteado se evita, por ejemplo, si la ley prevé la posibilidad de adoptar «cualesquiera medidas adecuadas y proporcionadas» con ese fin.

⁷⁸ En sentido similar, vid. la [STC 53/1994, de 24 de febrero \(FI 4\)](#).

⁷⁹ Vid., por todos, BAÑO LEÓN (1991), *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, 1991, Civitas, Madrid; [STC 132/2001, de 8 de junio](#).

⁸⁰ Vid. BAÑO LEÓN (1991, pp. 96 y ss.); DE OTTO (1995), *Derecho constitucional*, Ariel, Barcelona, pp. 106 y 151 y ss.; RUBIO LLORENTE (1993), *La forma del poder*, CEC, Madrid, pp. 377 y 378.

Para precisar esa densidad normativa habrá que tener en cuenta, por lo tanto: (i) la probabilidad de los desaciertos legislativos, es decir, la probabilidad de que, por un error del legislador o por un cambio de las circunstancias, la ley no haya previsto una respuesta adecuada a los problemas que pueden plantearse en el momento de aplicarla; y (ii) la magnitud de los daños resultantes. Cuanto mayores sean ambas variables, mayores deberán ser la indeterminación de la ley y el correspondiente margen de maniobra otorgado a la Administración o a los jueces.

De ahí que la indeterminación legal de la regulación de las medidas que pueden adoptarse para hacer frente a graves catástrofes, calamidades o crisis sanitarias deba ser –y, de hecho, es– normalmente muy elevada⁸¹. Recordemos que el art. 21.1.m) [LBRL](#) da poder al Alcalde para «adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas». Recordemos, asimismo, que la LOMESP, tras precisar algunas de las medidas concretas que las autoridades sanitarias pueden tomar para proteger la salud pública frente a una enfermedad transmisible («medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control... acciones preventivas generales... medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato»), añade una cláusula general de cierre («las que se consideren necesarias»).

Una solución parecida establecen tanto la Proposición de Ley Orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Popular con el fin de acabar con las controversias generadas por la aplicación de la LOMESP como la Ley para la Prevención y Control de Epidemias⁸² de Alemania, cuya Constitución federal reserva igualmente a la ley la restricción de derechos fundamentales.

También en otras parcelas de nuestro ordenamiento jurídico hay habilitaciones genéricas análogas, cuya conformidad con la Constitución nunca nadie ha puesto en duda⁸³. El art. 129.1 LJCA, por ejemplo, permite a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa «la adopción de cuantas medidas [cautelares] aseguren la efectividad de la sentencia», en casos en los que pueden estar en juego los derechos fundamentales de millones de personas⁸⁴. El legislador no concreta qué medidas cabe tomar. El único requisito que establece al respecto es que deben ser necesarias (para evitar que los recurrentes sufran un perjuicio como consecuencia de haberse visto forzados a acudir a los Tribunales para obtener la tutela de sus derechos) y adoptadas tras ponderar adecuadamente todos los intereses legítimos en juego.

Especialmente indeterminadas son las «cláusulas de policía» que otorgan a las Administraciones públicas poderes para proteger bienes jurídicos frente a peligros inminentes. Su grado de abstracción suele ser mucho mayor que el de la regulación de otras potestades restrictivas de derechos, como la sancionadora. La razón es evidente. El coste social de no ejercer tales poderes de policía en caso de imprevisión legislativa es, *ceteris paribus*, mucho mayor. Dejar de sancionar una conducta dañina que no ha sido tipificada legislativamente puede incrementar el riesgo de que en un futuro más o menos lejano se realice dicha conducta, pero el coste marginal que ello supone no es muy elevado. De un lado, porque una futura reforma legislativa puede enervar en

⁸¹ En este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA (2021a, p. 29); DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2021, pp. 73-97).

⁸² *Supra*, 3.4.

⁸³ Vid. los ejemplos que pone DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2021, pp. 79-82).

⁸⁴ Vid., por ejemplo, el ATSJ del País Vasco de 9 de febrero de 2021 ([ECLI:ES:TSJPV:2021:2A](#)), que suspende cautelarmente la orden de cierre de la actividad hostelera del País Vasco.

gran medida ese riesgo. De otro lado, porque sancionar una conducta que no ha sido debidamente tipificada producirá seguramente efectos disuasorios débiles; la previa tipificación es necesaria para lograr un grado óptimo de disuasión. Por el contrario, dejar que un individuo realice una actividad no prohibida por el legislador que, si no se impide inmediatamente por la Administración, causará seguramente un grave daño a otras personas tiene un coste social mayor. En primer lugar, porque la deseable reforma legislativa llegará probablemente demasiado tarde para impedir que ese riesgo inminente se materialice. En segundo lugar, porque la falta de previsión legal no reduce apenas la eficacia preventiva de la medida de policía, que no opera a través de la disuasión, sino de la coacción. Todo ello explica que, como muy bien ha notado REBOLLO PUIG, las exigencias del principio de legalidad se flexibilicen notablemente en el ámbito de la policía administrativa⁸⁵. Imaginemos, por ejemplo, que una ley prohíbe y conmina con una multa subir a un tren con un perro peligroso. Ninguna duda cabe de que el principio de legalidad impide interpretar analógicamente esta norma y multar a quienes han subido a un tren acompañados de un fiero león. Pero tampoco es dudoso, a nuestro juicio, que dicha norma sí puede ser objeto de una interpretación analógica a los efectos de que las autoridades competentes impidan realizar dicha conducta a quienes pretendan llevarla a cabo. Los agentes de la policía podrían incluso utilizar proporcionadamente la fuerza con el objeto de que no se ponga en semejante peligro la vida de otras personas.

A nuestro juicio, la indeterminación del art. 3 *in fine* LOMESP entra dentro de lo constitucionalmente admisible. De un lado, porque es muy probable que, en situaciones de graves crisis sanitarias, para las que está pensado dicho precepto, surjan problemas imprevistos e imprevisibles, que el legislador no pueda anticipar y regular con detalle, pero a los que hay que dar una respuesta pública inmediata y, con frecuencia, drástica. De otro lado, los costes de la inacción de las autoridades administrativas o judiciales, si la ley no les ha permitido actuar en estos casos, pueden ser de una extraordinaria magnitud, en términos cuantitativos y cualitativos. Bienes jurídicos de la mayor relevancia (v.gr., los derechos a la vida e integridad física) de millones de personas pueden verse gravemente dañados. La referida habilitación genérica confiere a las autoridades administrativas la *flexibilidad precisa* para dar una respuesta adecuada a estas situaciones de extraordinaria y urgente necesidad. Es cierto que el legislador podía haber concretado algo más el elenco de medidas que cabe adoptar en estas situaciones, y que sería muy deseable que lo hiciera en un futuro próximo a fin de despejar dudas e incrementar la seguridad jurídica⁸⁶. Pero, por las razones expuestas, no parece conveniente que el correspondiente listado tenga un carácter cerrado y exhaustivo, sino, por el contrario, abierto y ejemplificativo, que incluya una cláusula general como la contenida en el art. 3 *in fine* LOMESP⁸⁷.

⁸⁵ REBOLLO PUIG (1999), «La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, 54, pp. 247-282.

⁸⁶ Entre otros, SALAMERO TEIXIDÓ (2016), «Derechos individuales frente a salud pública en la protección ante enfermedades contagiosas: propuestas de mejora del marco regulatorio vigente», *Gaceta Sanitaria*, 30 (S1), pp. 69-73; SALAMERO TEIXIDÓ (2018), «La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones de riesgo e incertidumbre», en BLANC y CIERCO (coords.), *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Aranzadi, Cizur Menor; CIERCO SEIRA (2020), «Derecho de la salud pública y COVID-19», en BLANQUER (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 44-59; DE LA SIERRA (2020), «[Actualicemos el marco jurídico de las crisis sanitarias](#)», *Agenda Pública*, 16 de julio de 2020; CANTERO MARTÍNEZ (2021), «La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 210, pp. 79-124; STS de 24 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:2178](#)).

⁸⁷ CIERCO SEIRA (2020, p. 46).

Como ha declarado el Tribunal Supremo, este precepto, interpretado sistemáticamente en relación con otros, «ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales y, en concreto de la libertad de circulación, las cuales, de otro lado, no pueden predeterminarse siempre –ya que no han de excluirse situaciones nunca imaginadas ni, en consecuencia, previstas»⁸⁸.

Recordemos, además, que no es constitucionalmente obligado que la ley satisfaga por sí misma todas las exigencias del principio de predeterminación normativa. Esas exigencias pueden ser cumplidas en gran medida por las disposiciones gubernamentales dictadas en desarrollo de la referida cláusula general. Y con mayor razón podrán ser satisfechas por las normas con rango de ley aprobadas por las Comunidades autónomas a fin de regular las condiciones de ejercicio de la potestad prevista en el art. 3 LOMESP⁸⁹.

TAJADURA TEJADA estima, sin embargo, que las exigencias de predeterminación normativa de la reserva de ley –que, en su opinión, el art. 3 LOMESP no cumple– sólo pueden ser satisfechas por normas estatales con rango de ley, como los decretos de alarma y excepción, pero no por las disposiciones reglamentarias o con rango de ley dictadas por las Comunidades autónomas en desarrollo de lo dispuesto en la LOMESP, pues «lo que tampoco tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico es la habilitación por parte del legislador orgánico a las Comunidades Autónomas para restringir o limitar los derechos fundamentales contenidos en... los arts. 15 a 29 CE. “Esas decisiones normativas –ha recordado Aragón– no pueden trasladarse a las Comunidades autónomas”»⁹⁰. Algún Tribunal Superior de Justicia ha llegado a sostener, en sentido similar, que «solo leyes estatales pueden establecer limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE)»⁹¹.

Estas apodícticas afirmaciones nos parecen insostenibles. De un lado, no se explica por qué las exigencias de la reserva de ley pueden ser cubiertas por una norma aprobada por el Gobierno central –que el Tribunal Constitucional, en un alarde de creatividad, ha declarado que tiene rango de ley⁹²– y, en cambio, no pueden serlo por una norma autonómica con rango de ley, ni siquiera cuando se trata de una ley aprobada a través del procedimiento legislativo ordinario por un Parlamento autonómico en una materia, como la de sanidad, sobre la que las Comunidades autónomas tienen competencias legislativas. De otro lado, tampoco se ofrece ni encuentra la razón que impide al legislador orgánico –por ejemplo, la LOMESP– habilitar a las Comunidades autónomas para regular o limitar los derechos fundamentales contenidos en los arts. 15-29 CE. Por enésima vez, esta tesis queda ampliamente desmentida por la realidad. Como ha declarado en multitud de ocasiones el Tribunal Constitucional, el alcance de la reserva de la ley orgánica que para regular el «desarrollo de los derechos fundamentales» establece el art. 81 CE debe

⁸⁸ La STS de 24 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:2178](#)).

⁸⁹ Vid. la [Ley 3/2020, de 3 de diciembre, por la que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón](#); [Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia](#); [Ley 2/2021, de 30 de junio, de primera modificación de la Ley del 7/2019, de 29 de marzo, de Salud, para reforzar el Sistema de Salud del Principado de Asturias](#); [Decreto-ley balear 5/2021, de 7 de mayo](#); [Ley vasca 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de COVID-19](#).

⁹⁰ TAJADURA TEJADA (2021, pp. 148 y 149), con cita a ARAGÓN REYES (2020a, p. 10).

⁹¹ AATSJ de Castilla y León de 25 de octubre y 6 de noviembre de 2020 ([ECLI:ES:TSJCL:2020:89A](#) y [ECLI:ES:TSJCL:2020:104A](#)).

⁹² Vid. el [ATC 7/2012, de 13 de enero](#), y la [STC 83/2016, de 28 de abril](#).

interpretarse restrictivamente. No todo lo que afecta a los derechos fundamentales constituye su «desarrollo» en el sentido de este precepto. No hace falta que todas y cada una de las restricciones de esos derechos estén previstas en una ley tal⁹³, ni siquiera en una ley ordinaria. Piénsese, a título ilustrativo, en las incontables normas –estatales, autonómicas e incluso locales– que limitan la libertad de circular en las vías públicas. Piénsese, asimismo, en los amplios poderes que las leyes orgánicas que regulan el derecho a la educación confieren a las Comunidades autónomas, en virtud de las cuales éstas pueden, por ejemplo, limitar y condicionar intensamente el derecho fundamental a la autonomía de los centros universitarios públicos y privados, según ha declarado nuestro Tribunal Constitucional⁹⁴. Sólo se requiere ley orgánica para establecer los aspectos esenciales de la regulación de los derechos fundamentales⁹⁵. Es, por lo tanto, perfectamente lícito que la previsión del art. 3 LOMESP sea desarrollada mediante leyes ordinarias, ora estatales ora autonómicas⁹⁶. Así lo ha dejado sentado el Tribunal Supremo en la primera ocasión que ha tenido de pronunciarse al respecto⁹⁷.

«Establecer limitaciones puntuales de derechos, incluso fundamentales, no equivale a desarrollarlos siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos. Dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe, pues, la imposición de limitaciones puntuales a los derechos fundamentales. Y, siendo suficiente para ello la ley ordinaria, esa reserva puede ser satisfecha tanto por la ley del Estado cuanto por las leyes que, dentro de su competencia, dicten las Comunidades Autónomas».

Finalmente, debe notarse que, para evaluar si una concreta medida es previsible a la vista de la norma que la contempla, no sólo hay que atender a la redacción de ésta, sino también a la realidad, a lo que de hecho los ciudadanos pueden esperar en función de sus conocimientos en una situación como la contemplada por dicha norma. Pues bien, resulta perfectamente esperable, habida cuenta de la experiencia acumulada durante siglos, que para afrontar una epidemia sea necesario limitar la libertad de circulación mediante cuarentenas y confinamientos⁹⁸.

⁹³ Vid. la [STC 86/2017, de 4 de julio \(FI 7\)](#).

⁹⁴ Vid., por todas, la [STC 47/2005, de 3 de marzo](#).

⁹⁵ Vid., entre otras muchas, la [STC 31/2018, de 10 de abril](#).

⁹⁶ En el mismo sentido, RIDAO (2021, p. 49-51). Es más, MUÑOZ MACHADO (2020, p. 116) estima que, con arreglo a la referida jurisprudencia constitucional, la norma contenida en el art. 3 LOMESP podía haberse establecido en una ley ordinaria.

⁹⁷ STS de 24 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:2178](#)).

⁹⁸ Como muy bien advierte DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2021, p. 74).

b. ¿Qué habría que hacer si el art. 3 LOMESP no respetara las exigencias de la reserva de ley?

Supongamos, a efectos dialécticos, que el último inciso de este precepto no respetara las exigencias constitucionales de la reserva de ley al objeto de dar cobertura a medidas proporcionadas de protección de la salud pública que suponen restricciones generales de derechos fundamentales. Ello, a nuestro juicio, no impediría necesariamente que los poderes públicos pudieran o incluso debieran tomar tales medidas.

El que las potestades restrictivas (y protectoras) de derechos deban ser reguladas legislativamente con un cierto grado de detalle no implica lógicamente la imposibilidad de ejercerlas cuando el legislador no las ha regulado así. Adviértase que la Constitución de 1978 establece expresamente esta consecuencia jurídica sólo en relación con algunas de esas potestades: las de privar a los ciudadanos de su libertad (art. 17.1), imponerles sanciones (art. 25.1) o prestaciones de carácter público (art. 31.3) y expropiarles (art. 33.3).

Pese a ello, el Tribunal Constitucional ha declarado en varias ocasiones que «el principio general de libertad que consagra la Constitución en sus artículos 1.1 y 10.1 autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas»⁹⁹. Parece, pues, que ni la Administración ni los Tribunales podrían prohibir o condicionar las libertades de los ciudadanos a menos que una ley contemplase y regulase tal poder con el suficiente grado de precisión. Esta regla está profundamente arraigada en el Derecho público occidental. En el art. 5.º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 ya se leía que «todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que aquélla no ordene».

Sin embargo, a pesar de haber sido afirmada categóricamente sobre el papel, esta regla nunca ha sido aplicada inflexiblemente en la realidad. Como REBOLLO PUIG ha notado, pese a las solemnes y categóricas proclamaciones de semejante principio de legalidad, la policía administrativa siempre se ha caracterizado en la práctica por una «peculiar adaptación» a sus exigencias¹⁰⁰. En la práctica, la Administración ha ejercido los poderes imprescindibles para el mantenimiento del orden público, aunque la ley no se los haya reconocido explícitamente.

A fin de justificar esta peculiaridad se han esgrimido diversos argumentos¹⁰¹. Uno de los más socorridos es que el constituyente, el legislador o incluso la costumbre habían apoderado implícitamente a la Administración para tomar tales medidas. También se ha invocado la doctrina del estado de necesidad, que funciona a modo de «válvula de escape ante supuestos de imprevisión normativa»¹⁰². Los poderes públicos no sólo pueden, sino que deben actuar, adoptando medidas limitativas de la libertad *praeter* o incluso *contra legem*, cuando ello sea

⁹⁹ SSTC [83/1984, de 24 de julio \(FI 3\)](#); [93/1992, de 11 de junio \(FI 8\)](#), y [197/1996, de 28 de noviembre \(FI 25\)](#).

¹⁰⁰ REBOLLO PUIG (1999).

¹⁰¹ Según REBOLLO PUIG (1999, pp. 263 y ss.), esta peculiaridad se justifica por la existencia de un deber general de los ciudadanos de no perturbar el orden público. La Administración puede tomar sin previa habilitación legal medidas contra las actividades perturbadoras del orden público aun cuando éstas respeten escrupulosamente todas las normas legales y reglamentarias establecidas. La razón es que tales medidas, en realidad, no limitan la libertad de los perturbadores, no les imponen un deber *ex novo*, sino que simplemente declaran y corroboran la preexistencia de aquel deber

¹⁰² ÁLVAREZ GARCÍA (1996), *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, p. 41.

indispensable para salvaguardar un fin esencial de la comunidad amenazado por la concurrencia de circunstancias extraordinarias¹⁰³. Existe una situación de necesidad que justifica la imposición de una restricción no prevista por la ley siempre que un peligro se cierne sobre un interés digno de protección y la medida adoptada es *útil* para salvaguardar el interés amenazado, *necesaria*, por ser la menos restrictiva de la libertad de todas las útiles, y *proporcionada* en sentido estricto, por superar sus beneficios a sus costes¹⁰⁴.

A nuestro juicio, en nuestro Derecho, el fundamento jurídico de las medidas administrativas o judiciales limitativas de la libertad adoptadas en situaciones de vacío legal no se encuentra en un ficticio apoderamiento implícito, ni en un supuesto principio de necesidad, sino en los derechos y otras normas constitucionales que protegen los intereses, valores y bienes lesionados o amenazados por el ejercicio de esa libertad. Son estas normas las que pueden justificar e incluso exigir la actuación de los poderes públicos.

En situaciones como las de la COVID-19, existe un conflicto entre las exigencias que se desprenden de varios derechos fundamentales. Por un lado, ciertas libertades (como las de circulación y empresa) se oponen a que la Administración y los Tribunales las limiten sin una base legal suficiente. Pero otros derechos (v. gr., los derechos a la vida y la integridad física) imponen a esas mismas autoridades la obligación de protegerlos suficientemente, aun cuando la ley no la haya previsto en modo alguno¹⁰⁵. Recordemos que de los derechos fundamentales se derivan obligaciones positivas de salvaguardarlos¹⁰⁶, y que lo propio de estos derechos es que vinculan a todos los poderes públicos directamente (art. 53.1 CE), sin necesidad de que la ley así lo disponga.

Pues bien, no se adivina la razón por la cual, si el legislador no regula con detalle las debidas medidas de protección, la obligación estatal negativa de no interferir en una libertad constitucional debe prevalecer inexorablemente siempre sobre la obligación estatal positiva de proteger otros derechos constitucionales. Ese vacío legal no impide con carácter absoluto que se tomen esas medidas. Los «derechos fundamentales a protección» tienen idéntico rango constitucional y vinculan directamente a todos los poderes públicos igual que los «derechos defensivos». Por ello, las colisiones entre ambos deben resolverse del mismo modo en que se resuelven todos los conflictos entre derechos fundamentales: aplicando el principio de proporcionalidad. Tanto la Administración como los Tribunales podrán y, en su caso, deberán acordar medidas restrictivas de los derechos fundamentales que no satisfagan suficientemente el principio de legalidad cuando ello constituya un mal útil, necesario y proporcionado para realizar otro mandato constitucional, como el de cumplir la obligación positiva de salvaguardar un derecho fundamental¹⁰⁷.

Esta posibilidad de restringir excepcionalmente derechos fundamentales para proteger derechos de la misma índole, cuando las restricciones no cuentan con la debida cobertura legal, ha sido

¹⁰³ ÁLVAREZ GARCÍA (1996, pp. 308 y ss.).

¹⁰⁴ ÁLVAREZ GARCÍA (1996, pp. 448 y ss.).

¹⁰⁵ Vid. lo que al respecto hemos señalado *supra*, 3.4.

¹⁰⁶ DOMÉNECH PASCUAL (2006, pp. 69-248).

¹⁰⁷ DOMÉNECH PASCUAL (2006, pp. 205-241).

admitida en no pocas ocasiones en la práctica administrativa y jurisprudencial, tanto de España como de otros países occidentales¹⁰⁸.

La suspensión de las elecciones autonómicas vascas y gallegas que tenían que haberse celebrado en abril de 2020, en el momento más crítico de la pandemia, cuando toda la población estaba confinada domiciliariamente, proporciona un claro ejemplo. Resulta significativo el hecho de que nadie llevara a los Tribunales estas suspensiones, que contaron con el consenso de prácticamente todos los partidos políticos implicados y que fueron avaladas por las respectivas Juntas Electorales¹⁰⁹. Repárese, asimismo, en que estas medidas, adoptadas en pleno estado de alarma por autoridades gubernamentales autonómicas, suspendieron de manera plena y generalizada el derecho fundamental de sufragio de millones de personas. La posterior suspensión de las elecciones autonómicas catalanas sí fue impugnada y anulada, pero debe subrayarse el hecho de que la Sentencia anulatoria del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dio por sentado que la suspensión de las elecciones gallegas y vascas había estado justificada por una causa de «fuerza mayor», a diferencia de lo que ocurría en el asunto de las catalanas, que difería de ambos precedentes en varios aspectos relevantes¹¹⁰.

Los traslados forzosos y confinamientos de varias poblaciones impuestos hace apenas unos días por las autoridades canarias con ocasión de la erupción del volcán de Cumbre Vieja (La Palma) proporcionan otro ejemplo. Ninguna ley –orgánica u ordinaria– autoriza la grave restricción de derechos fundamentales que tales medidas comportan¹¹¹. Éstas sólo han sido previstas en una modesta disposición reglamentaria¹¹². Y, sin embargo, resulta difícil poner en cuestión que dichas autoridades podían y debían adoptarlas, con el fin de salvaguardar la vida y la salud de los afectados¹¹³.

3.8. La alternativa de la reforma de la legislación sanitaria

Desde una perspectiva dogmática y rígida de la reserva de ley, se ha sostenido que el art. 3 *in fine* LOMESP, mientras mantenga su indeterminación actual, no permite a las autoridades sanitarias adoptar medidas generales restrictivas de derechos fundamentales. Si se pretende que puedan adoptarlas, resulta imprescindible modificar este precepto con el objeto de incrementar su «densidad».

¹⁰⁸ DOMÉNECH PASCUAL (2006, pp. 217-223).

¹⁰⁹ Vid., entre otros, SÁNCHEZ MUÑOZ (2020), «El Derecho de sufragio en tiempos de pandemia», en BIGLINO y DURÁN (eds.), *Los efectos horizontales COVID sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; CEBRIÁN ZAZURCA (2021), «Pandemia y elecciones. El derecho de sufragio en España bajo las circunstancias excepcionales ocasionadas por la COVID-19», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; RIQUELME VÁZQUEZ (2021), «Elecciones en tiempos de pandemia: la experiencia de las Comunidades Autónomas de Galicia y el País Vasco», en DUEÑAS ET AL. (coords.), *La Constitución en tiempos de pandemia*, Dykinson, Madrid, pp. 135-156.

¹¹⁰ Vid. la STSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2021 ([ECLI:ES:TSJCAT:2021:3324](#)).

¹¹¹ El precepto que más cerca está de contener una autorización tal es el art. 2.b) de la [Ley 9/2007, de 13 de abril, del Sistema Canario de Seguridad y Emergencias](#).

¹¹² [Decreto 112/2018, de 30 de julio, por el que se aprueba el Plan Especial de Protección Civil y Atención de Emergencias por riesgo volcánico en la Comunidad Autónoma de Canarias \(PEVOLCA\)](#).

¹¹³ Vid. TEJEDOR BIELSA (2021), [«De volcanes y virus»](#), *El Blog de esPublico*, 8 de octubre de 2021.

Desde un punto de vista pragmático, ya hemos expuesto las razones por las cuales hay que entender que esta posición debe rechazarse. Estimamos, ciertamente, que el legislador debería reformar cuanto antes la LOMESP para dejar claro que las autoridades sanitarias pueden adoptar esas medidas bajo ciertas condiciones. Pero no nos parece que, hasta que se produzca dicha reforma, la inacción de las autoridades sanitarias constituya una solución razonable, a la vista de los enormes costes que para la vida y la salud pública puede tener la espera, costes que serán tanto mayores cuanto más se tarde en cambiar la ley.

Desde una visión dogmática se peca, una vez más, de falta de realismo al subestimar las dificultades de todo tipo con las que puede toparse el legislador para acometer una reforma tal, en esta y otras situaciones semejantes. En el presente caso, seguramente han influido en este sentido cuando menos las siguientes circunstancias: en primer lugar, el hecho de que la propia pandemia entorpeció considerablemente el funcionamiento de las cámaras legislativas, que de hecho dejaron de reunirse durante semanas, a pesar de lo dispuesto en el art. 116.5 CE¹¹⁴; en segundo lugar, el hecho de que el Gobierno se encuentre en una posición minoritaria en el seno de un Congreso muy fragmentado, lo que mina considerablemente su capacidad de impulsar con éxito reformas legislativas que, además, requieren mayoría absoluta; en tercer lugar, cabe pensar que las razones de estrategia política han jugado un importante papel; es posible que el Gobierno haya considerado que reformar la LOMESP o la LOEAES en medio de la pandemia podría ocasionarle un excesivo coste político.

Sea como fuere, no resulta realista ni sensato fiar la protección de la vida y la salud pública en una situación tan crítica como ésta a un poder público que probablemente no sea capaz y que, *de facto*, no se ha mostrado capaz de acometer cabal y puntualmente dicha tarea. Pero así se ven las cosas desde una perspectiva dogmática. Uno puede denunciar enfáticamente «la incapacidad del Congreso en la pandemia» al tiempo que postula como únicas soluciones para gestionar esta crisis que las Cortes reformen la LOMESP o que el Congreso siga jugando un papel protagonista en esta gestión a través de su poder de autorizar breves prórrogas del estado de alarma¹¹⁵. Uno puede denunciar que la realidad no es como debiera ser –o como a uno le gustaría que fuera–, y luego defender soluciones que son difícilmente viables porque no tienen en cuenta que las cosas son como son. Uno puede llamar la atención sobre una realidad cuestionable y luego ignorar las consecuencias prácticas que de ésta se desprenden a la hora de interpretar y aplicar la ley.

3.9. La alternativa del estado de alarma (o, en su caso, de excepción)

Se ha negado la necesidad de que las autoridades sanitarias adopten medidas generales restrictivas de derechos al amparo del art. 3 *in fine* LOMESP, pues esas medidas –que vulnerarían el principio de legalidad– podrían acordarse válidamente al amparo de los estados de alarma o excepción, que además constituyen instrumentos jurídicos que garantizan mejor los derechos afectados¹¹⁶, principalmente porque (i) ambos estados deben contar con el aval previo del Congreso de los Diputados (aunque dicho aval sólo se requiere respecto del estado de alarma si éste se prolonga más de quince días), y porque (ii) los decretos por los que se declaran ambos estados tienen rango de ley y (iii) están sujetos al control del Tribunal Constitucional.

¹¹⁴ Nos remitimos a lo dicho *supra*, 3.5.

¹¹⁵ SÁENZ ROYO (2021), «[La incapacidad del Congreso en la pandemia](#)», *Agenda Pública*, 1 de febrero de 2021.

¹¹⁶ Por ejemplo, CUENCA MIRANDA (2021, p. 24).

Esta tesis resulta cuestionable, por varias razones. La primera es que los preceptos de la LOEAES que autorizan la restricción de derechos fundamentales tienen un grado de indeterminación muy similar al del art. 3 LOMESP¹¹⁷. Por ejemplo, la LOEAES dispone que en el estado de alarma el Gobierno podrá «limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos» [art. 11.a)], así como adoptar, además, las medidas «establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas» (art. 12.1) [es decir, ¡la LOMESP!]. La Ley contempla la posibilidad de limitar esta libertad, pero no concreta en qué supuestos ni bajo qué condiciones ni con qué alcance.

TAJADURA TEJADA estima, no obstante, que las exigencias de predeterminación normativa de la reserva de ley –que, en su opinión, ni la LOMESP ni la LOEAES cumplen– pueden ser satisfechas por los propios decretos de declaración y prórroga de los estados de alarma y excepción, pues ambos tienen rango de ley y «son los que pueden establecer las limitaciones de derechos fundamentales con carácter general y habilitar a todas las administraciones, tanto central como autonómicas, a ejecutar o aplicar medidas restrictivas de derechos fundamentales»¹¹⁸. Por el contrario, a juicio de TAJADURA, esas exigencias de predeterminación normativa no pueden ser satisfechas por las disposiciones dictadas por las Comunidades autónomas en desarrollo de la LOMESP. Ya hemos expuesto las razones por las que hay que rechazar esta interpretación¹¹⁹, que de hecho ha sido descartada rotundamente por el Tribunal Supremo¹²⁰.

En segundo lugar, el tópico de que los estados de alarma y excepción constituyen instrumentos jurídicos «más garantistas» que la legislación sanitaria es también muy discutible, por las siguientes razones:

1ª. Dichos estados otorgan el poder de acordar medidas de protección sanitaria a unas autoridades que no ostentan las competencias ordinarias en esta materia y que, por ello, presumiblemente no cuentan con los medios materiales, los recursos personales, la información y la experiencia necesarios para adoptar aquí decisiones acertadas, lo que constituye un serio peligro para todos los derechos e intereses concernidos. Recordemos que la gestión centralizada del primer estado de alarma quedó lejos de ser satisfactoria¹²¹.

2ª. Los partidarios de la tesis criticada sobrevaloran el control ejercido por el Congreso de los Diputados y el Tribunal Constitucional sobre la declaración y la prórroga de esos estados. En primer lugar, porque subestiman las dificultades prácticas que ambos pueden encontrarse a la hora de ejercer esa función. Insistimos en lo señalado más arriba. La pandemia puede entorpecer seriamente el funcionamiento de los dos órganos. De hecho, las Cortes Generales dejaron de reunirse durante las primeras semanas del estado de alarma, y el Tribunal Constitucional estuvo semiparalizado durante varios meses. Resulta muy significativo que el Tribunal se haya

¹¹⁷ Así lo advierte ARROYO GIL (2021), «El derecho a circular libremente en tiempos de pandemia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, VELASCO y GREGORACI (coords.), t. I, pp. 99-102, quien cuestiona en este punto tanto la LOMESP como la LOEAES.

¹¹⁸ TAJADURA TEJADA (2021, p. 158).

¹¹⁹ Vid. *supra*, 3.6.a.

¹²⁰ STS de 24 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:2178](#)).

¹²¹ Vid. *supra*, 3.2.d.

pronunciado sobre el primer estado de alarma trece meses después de que este finalizara y quince meses después de que se presentara el correspondiente recurso de inconstitucionalidad. Ni que decir tiene que, en este tipo de asuntos, un control judicial tan tardío resulta en gran medida ineficaz. En segundo lugar, el estado de alarma no está sujeto al control del Congreso si su vigencia es inferior a quince días. En tercer lugar, cabe poner en duda que los diputados dispongan de los conocimientos, la información y el tiempo necesarios para evaluar cabalmente tanto los riesgos epidemiológicos, sociales y económicos a los que hay que hacer frente como las medidas propuestas por el Gobierno. Es probable por ello que no sean capaces de ejercer un control muy estricto y efectivo. En cuarto lugar, ese control se debilitará hasta desvanecerse prácticamente si el partido del Gobierno cuenta con mayoría de escaños en el Congreso.

3ª. Al tener rango de ley, la declaración y la prórroga de ambos estados no son controlables por los Tribunales ordinarios, sino sólo por el Tribunal Constitucional. Ello limita enormemente las posibilidades de tutela judicial de los derechos afectados¹²², pues los particulares no están legitimados para impugnar directamente los correspondientes decretos, sino sólo los actos dictados a su amparo. Es más, deja prácticamente indefensos a los ciudadanos cuando esos decretos restringen sus derechos inmediatamente, sin necesidad de actos de aplicación, como la cruda realidad ha puesto de manifiesto¹²³.

4ª. Las medidas administrativas adoptadas en virtud de la legislación sanitaria, por el contrario, son plenamente fiscalizables por los Tribunales ordinarios. Y las que restringen derechos fundamentales requieren, adicionalmente, una autorización judicial previa. En la práctica, los Tribunales, en líneas generales, han ejercido un control muy puntual, estricto e incisivo de las medidas acordadas por las autoridades autonómicas¹²⁴. Encontramos numerosas resoluciones judiciales que, en apenas unos días, han suspendido cautelarmente¹²⁵ o no autorizado¹²⁶ tales medidas, por considerarlas desproporcionadas o insuficientemente justificadas. Los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo han logrado impedir en no pocas ocasiones que los ciudadanos sufrieran restricciones inconstitucionales de sus derechos. El Tribunal

¹²² Véase TENORIO SÁNCHEZ (2021), «Cuarenta años de jurisprudencia constitucional en España: derecho a un recurso efectivo en relación con la declaración del estado de alarma como limitadora de derechos fundamentales», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25(1), pp. 195-223.

¹²³ Véase el Auto del TS, Sala 3ª, de 8 de marzo de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:2488A](#)), por el que se inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta del requerimiento formulado por el recurrente en relación con las medidas de limitación de movimientos establecidas en el RD 463/2020 que impedían al actor mantener una relación presencial con su madre.

¹²⁴ Aunque la STS de 24 de mayo de 2021 ([ECLI:ES:TS:2021:2178](#)) declara que la intervención judicial prevista en el art. 10.8 LJCA ha de ser «sumamente limitada» y circunscribirse, todo lo más, a una «verificación *prima facie* de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas», en la práctica, los Tribunales han sido muy poco deferentes con las autoridades autonómicas en esta materia.

¹²⁵ Vid., entre otros, los Autos del TSJ del País Vasco de 9 de febrero de 2021 ([ECLI:ES:TSIPV:2021:2A](#)); TSJ de Cataluña de 20 de mayo de 2021 (procedimiento 204/2021); TSJ de La Rioja de 28 de mayo de 2021 (núm. 89/2021); TSJ de Canarias de 28 de junio (procedimiento 193/2021) y 29 de julio de 2021; y TSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de septiembre de 2021 (núm. 339/2021).

¹²⁶ Vid., a título ilustrativo, la STS de 3 de junio de 2021 (procedimiento 3704/2021); y los Autos de los TSJ de Castilla y León de 27 de mayo de 2021 (núm. 193/2021); Asturias de 10 de junio de 2021 (procedimiento ordinario 384/2021); Canarias de 14 de julio de 2021 (procedimiento 209/2021); Navarra de 20 de julio de 2021 (procedimiento 319/2021); Aragón de 14 de septiembre de 2020 (procedimiento ordinario 286/2020) y 26 de julio de 2021 (núm. 296/2021); Galicia de 20 de agosto de 2021 (núm. 97/2021), y Extremadura de 20 de agosto de 2021 (núm. 117/2021).

Constitucional, por el contrario, se ha quedado a gran distancia de este objetivo cuando ha tenido que controlar las medidas adoptadas al amparo del estado de alarma. *Res ipsa loquitur*.

5ª. Al amparo de los estados de alarma y excepción, el Gobierno puede adoptar o permitir que se adopten medidas restrictivas sin necesidad de aplicar normas legales (v. gr., de procedimiento) que garantizan el acierto de éstas, y que protegen los derechos afectados frente a posibles restricciones arbitrarias o desproporcionadas. Recordemos que el art. 2.3 RD 926/2020 habilitaba a las autoridades autonómicas para tomar tales medidas sin que a estos efectos fuera «precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno» ni tampoco la autorización judicial prevista en los arts. 8.6 y 10.8 LJCA.

4. Segundo ejemplo: estado de alarma o estado de excepción

4.1. El problema

El otro gran problema que la pandemia de la COVID-19 ha planteado en nuestro Derecho público es el de si las medidas restrictivas de derechos impuestas por el RD 463/2020 podían adoptarse válidamente en un estado de alarma¹²⁷ o, por el contrario, requerían la declaración del estado de excepción por constituir una suspensión de tales derechos y, en consecuencia, han de reputarse inconstitucionales¹²⁸.

¹²⁷ VELASCO CABALLERO (2020b), [«¿Estamos ante una “suspensión” de derechos fundamentales? Más bien no»](#), *Blog de Francisco Velasco*, 5 de abril de 2020; VELASCO CABALLERO (2020c), [«Que no, que ni hay suspensión de derechos, ni hace falta un estado de excepción»](#), *Blog de Francisco Velasco*, 11 de abril de 2020; BASTIDA FREIJEDO (2020), [«La cuarentena de los derechos»](#), *La Nueva España*, 5 de abril de 2020; LÓPEZ GARRIDO (2020), [«Un estado de excepción sería inconstitucional»](#), *Eldiario.es*, 11 de abril de 2020; URÍAS (2020), [«Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión»](#), *Al Revés y al Derecho*, 14 de abril de 2020; BACIGALUPO (2020), [«A vueltas con la licitud del confinamiento»](#), *Infolibre*, 15 de abril de 2020; VILLAVARDE (2020), [«COVID-19: la gran prueba de estrés para los sistemas constitucionales \(y para los constitucionalistas\)»](#), *The Conversation*, 14 de mayo de 2020; CARRILLO (2020), [«Los derechos en tiempo de pandemia»](#), *Al Revés y al Derecho*, 17 de mayo de 2020; LEIVA ESCUDERO (2020), «Constitucionalidad de las restricciones a la libertad de circulación en el estado de alarma por el coronavirus Covid-19», *Diario La Ley*, 9642, 28 de mayo de 2020; GARRIDO LÓPEZ (2020), «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», *Teoría y Realidad Constitucional*, 46 (2020), pp. 371-402; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020), *Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia del COVID-19*, Documento de Opinión IEEA 43/2020; SARRIÓN ESTEVE (2020), «Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», en ATIENZA y RODRÍGUEZ (dirs.), *La respuesta del Derecho a las crisis de salud pública*, Dykinson, Madrid, p. 43; CARMONA CUENCA (2020), «Los derechos fundamentales en el Estado de alarma. La crisis sanitaria de la COVID19 en España», en BARCELÓ et al. (coords.), *COVID19 y parlamentarismo*, UNAM, México, p. 236; FERNÁNDEZ SILVA (2021), «La restricción de los derechos fundamentales durante la crisis sanitaria en España», en DUEÑAS CASTRILLO et al. (coords.), *La Constitución en tiempos de pandemia*, Dykinson, Madrid, pp. 119-134; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2021), «El estado de alarma y el Derecho de crisis en nuestro sistema constitucional», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, VELASCO y GREGORACI (coords.), t. I, pp. 25-27; GÓMEZ FERNÁNDEZ (2021), «¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; CUENCA MIRANDA (2021).

¹²⁸ ALEGRE ÁVILA y SÁNCHEZ LAMELAS (2020), «Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica», 13 de marzo de 2020; VERA SANTOS (2020), [«Estado de alarma: tarde y mal»](#), *El Independiente*, 19 de marzo de 2020; ARAGÓN REYES (2020b), [«Hay que tomarse la Constitución en serio»](#), *El País*, 9 de abril de 2020; ARAGÓN REYES (2020c), «COVID-19: Aproximación constitucional a una crisis», *Revista General de Derecho Constitucional*, 32; DÍAZ REVORIO (2020), [«A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales»](#), *Almacén de Derecho*, 9 de abril de 2020; DÍAZ REVORIO (2021), «Desactivando conceptos constitucionales: la suspensión de

El art. 116 CE contempla la posibilidad de declarar los estados de alarma, excepción y sitio, pero no precisa en qué circunstancias puede acordarse cada uno de ellos, sino que se remite en este punto a la ley orgánica que los regule. La Constitución también prevé en su art. 55 la posibilidad de suspender ciertos derechos, mediante la declaración del estado de excepción o de sitio (ap. 1) o en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas (ap. 2). *A contrario sensu*, hay que entender que la suspensión está constitucionalmente proscrita fuera de estos dos supuestos. En consecuencia, el RD 463/2020, que obviamente no encaja en ninguno de ellos, debería considerarse inconstitucional si hubiera impuesto una suspensión tal. La clave para resolver el problema planteado consiste, pues, en precisar si dichas medidas constituían una restricción o una suspensión de los derechos afectados. Así lo ha entendido la gran mayoría de los autores que han manifestado su parecer sobre el tema.

La [STC 148/2021, de 14 de julio](#), declara por una mayoría de seis votos contra cinco la inconstitucionalidad de los preceptos del RD 463/2020 que integraban el popularmente denominado «confinamiento domiciliario», por considerar que suponían en realidad una suspensión de las libertades de circulación y fijación de la residencia. El Tribunal no cuestiona la concurrencia del supuesto de hecho que justificaba la declaración del estado de alarma ni la utilidad, necesidad y proporcionalidad de las restricciones impuestas, sino únicamente el instrumento jurídico utilizado para establecerlas. La incorrecta utilización del estado de alarma supuso la omisión de las garantías constitucionalmente previstas para suspender derechos (muy especialmente, la previa autorización parlamentaria).

Adicionalmente, la Sentencia declara inconstitucional el precepto que habilitaba al Ministro de Sanidad para «modificar» y «ampliar» las restricciones de la libertad de empresa previstas en el art. 10 RD 463/2020. Según el Tribunal, esta habilitación permitía que se agravaran dichas restricciones esquivando la obligación, que el art. 116.2 CE impone al Gobierno, de dar cuenta inmediata al Congreso de la declaración del estado de alarma.

4.2. Posibles interpretaciones del término suspensión

derechos y los estados excepcionales», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; FUERTES LÓPEZ (2020), [«Estado de excepción, no de alarma»](#), *El Mundo*, 20 de abril de 2020; NOGUEIRA LÓPEZ (2020, p. 29); AMOEDO SOUTO (2020), «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, p. 67; MARTÍNEZ NIETO (2020), «Coronavirus, tráfico y movilidad. Suspensión del derecho a la libre circulación por la alarma del Covid-19 y posibles lecciones del post-coronavirus para el futuro de movilidad», *Diario La Ley*, 9613, 8 de abril de 2020; ENRÍQUEZ MALAVÉ (2020), «Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», *Diario La Ley*, 9620, 24 de abril de 2020; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2020), «¿Estado de alarma o estado de excepción?», *Diario La Ley*, 9621, 27 de abril de 2020; FERNÁNDEZ DE GATTA (2020), «Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el Estado de Alarma y los excesos normativos», *Diario La Ley*, 9641, 27 de mayo de 2020; RUIZ MIGUEL (2020), «Crisis del Coronavirus y crisis del Estado constitucional español», *Diario La Ley*, 9656, 18 de junio de 2020; ÁLVAREZ GARCÍA (2020), «Estado de alarma o de excepción», *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, pp. 1-20; SIEIRA MUCIENTES (2020), «Estado de alarma», *Eunomía*, 19, pp. 292-297; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (2021a); COTINO HUESO (2021), «La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza; CUENCA MIRANDA (2021); CALDERÓN CEREZO (2021), «Derecho constitucional de excepción y estado de alarma», *Diario La Ley*, 9789, 20 de enero de 2021; TERUEL LOZANO (2021b, pp. 54-61).

Algunos autores han sostenido una *teoría formal* del concepto de «suspensión» empleado en el art. 55 CE. Por ejemplo, ALÁEZ CORRAL estima que este término debe ser entendido «en un sentido estricto, y además formal». La suspensión consiste en «la temporal supresión de la vigencia de las normas constitucionales sobre determinados derechos fundamentales»¹²⁹, por lo que «parece lógico que ésta tenga que producirse de una manera formalizada y expresa... en aras de [la] seguridad jurídica»¹³⁰.

Esta tesis presenta serias debilidades. En primer lugar, no cuenta con un soporte constitucional explícito. La Constitución no dispone que la suspensión requiere una declaración por la que expresamente se disponga que ciertos derechos quedan suspendidos. En segundo lugar, confunde el concepto de suspensión con sus (supuestos) requisitos. El que las medidas que suspenden derechos (supuestamente) deban adoptarse en virtud de una declaración explícita no quita que tales medidas puedan considerarse suspensivas (e inconstitucionales) cuando ésta ha sido omitida. En tercer lugar, la teoría formal deja a merced del Gobierno la aplicación de las garantías previstas por la Constitución –como la autorización previa del Congreso– a fin de proteger ciertos derechos frente a determinadas restricciones gubernamentales especialmente intensas. Con arreglo a esta teoría, el Gobierno podría desactivar fácilmente estas garantías. Para ello tan sólo necesitaría omitir dicha declaración expresa¹³¹.

Seguramente por todas estas razones, la gran mayoría de la doctrina española sostiene *teorías puramente sustantivas* (ora cualitativas ora cuantitativas o gradualistas), con arreglo a las cuales el que una medida constituya o no una suspensión depende exclusivamente de cuáles son sus efectos sobre los derechos concernidos.

Según la teoría *cualitativa*, la suspensión no constituiría una restricción especialmente intensa de un derecho, que seguiría teniendo vigencia, siquiera limitada o parcial, sino una derogación temporal del mismo, que es algo cualitativamente distinto, de diferente naturaleza. La suspensión es la «temporal supresión de la vigencia de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales»¹³². Durante un tiempo, los derechos suspendidos dejan de tener vigencia, quedan «temporalmente esterilizados», «por completo» y «sin límite de contenido esencial o proporcionalidad»¹³³. Ello no quita que luego la LOEAES haya encauzado y limitado el poder suspensivo que el art. 55 CE contempla¹³⁴.

En cambio, los partidarios de la teoría *cuantitativa o gradualista* equiparan suspensión a una limitación de una especial intensidad, que no hace falta que elimine (durante un tiempo) por completo las facultades que comprende normalmente el derecho afectado. El primer problema

¹²⁹ ALÁEZ CORRAL (2004), «El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales», en LÓPEZ GUERRA y ESPÍN TEMPLADO (coords.), *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 243.

¹³⁰ ALÁEZ CORRAL (2004, p. 235). En sentido similar, véanse los votos particulares de GONZÁLEZ RIVAS (§ 2), XIOL RÍOS (§§ 14 y 16) y CONDE-PUMPIDO (§ 2) a la [STC 148/2021](#).

¹³¹ En sentido similar, ÁLVAREZ GARCÍA (2021b), «Los errores de diseño del Derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura», *Diario del Derecho*, 4 de octubre de 2021.

¹³² En palabras de ALÁEZ CORRAL (2004, p. 243).

¹³³ VELASCO CABALLERO (2020, pp. 84-92; 2020b y 2020c). En sentido similar, GARRIDO LÓPEZ (2020, p. 398).

¹³⁴ Lo que, en opinión de VELASCO CABALLERO (2020a, p. 90), ha propiciado que se «difuminen los linderos constitucionales» entre la suspensión de derechos y la regulación de su ejercicio. Vid. *infra*, 4.7.h.

con el que se topa esta tesis es el de precisar el umbral de intensidad de la restricción a partir del cual ésta ha de considerarse una suspensión. Aquí encontramos varias propuestas:

La primera consiste en no molestarse en definir en abstracto el referido umbral, siquiera mediante conceptos jurídicos muy indeterminados. Algunos autores se limitan a afirmar de manera apodíctica o con argumentos circulares o que apelan a la pura intuición que las restricciones impuestas en el primer estado de alarma supusieron en realidad una suspensión¹⁵⁵. ARAGÓN REYES (2020b), por ejemplo, estima que «ordenar una especie de arresto domiciliario de la inmensa mayoría de los españoles, que es lo que realmente se [hizo], no es limitar el derecho, sino suspenderlo, y esa conclusión resulta difícilmente rebatible desde un entendimiento jurídico correcto»¹⁵⁶. ALEGRE ÁVILA y SÁNCHEZ LAMELAS (2020), por su parte, afirman que el «“acordonamiento” de enteras poblaciones... por supuesto, va más allá, mucho más allá, de las meras restricciones o limitaciones del tránsito de personas y vehículos, en la medida en que comporta una verdadera y propia suspensión del ejercicio de derechos fundamentales como la libertad personal o la libertad de desplazamiento». Adviértase el carácter apodíctico («por supuesto») y circular (el confinamiento implica una suspensión y no una mera restricción, pues «comporta una verdadera y propia suspensión») del argumento.

Otros autores han señalado que existe una suspensión tal cuando la medida cuestionada afecta al contenido esencial del derecho¹⁵⁷. El problema que a continuación se plantea radica en precisar qué es ese contenido esencial y cuándo resulta afectado. Aquí suele citarse la vieja [STC 11/1981, de 8 de abril](#), que apunta dos maneras complementarias de identificarlo:

En primer lugar, «constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así».

En segundo lugar, se trataría de «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

En otro trabajo hemos criticado estos criterios y expuesto las razones por las que hay que entender que la garantía del contenido esencial a que se refiere el art. 53.1 CE equivale a la del principio de proporcionalidad. Que las leyes deben respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales significa que no pueden restringirlos desproporcionadamente. Nos remitimos a lo allí expuesto¹⁵⁸. Ahora simplemente señalaremos que dichos criterios son enormemente vagos,

¹⁵⁵ Por ejemplo, FERNÁNDEZ DE GATTA (2020).

¹⁵⁶ En ARAGÓN REYES (2020c) se da un argumento similar.

¹⁵⁷ VERA SANTOS (2020); DÍAZ REVORIO (2020 y 2021, pp. 11-17); F. J. ÁLVAREZ GARCÍA (2020, pp. 7 y 8); COTINO HUESO (2020), «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», *Diario la Ley*, 9608, 30 de marzo de 2020; COTINO HUESO (2021, pp. 3, 4, 20, 21, 25 y 34); CIDONCHA MARTÍN (2020, p. 15, nota 39); FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (2021a, pp. 66-71); CUENCA MIRANDA (2021, p. 7).

¹⁵⁸ DOMÉNECH PASCUAL (2006, pp. 176-181). Vid., también, las certeras reflexiones de VELASCO CABALLERO (2020a, pp. 105-108). Nos parece entender que XIOL RÍOS, en su voto particular (§§ 17 y 18) a la [STC 148/2021](#), se muestra partidario de la «teoría relativa» del contenido esencial.

oscuros y, por lo tanto, aptos para dar cobertura a prácticamente cualquier interpretación, aunque en algún caso también pueden conducir a resultados contradictorios y difícilmente aceptables, como luego veremos¹³⁹.

La dificultad de precisar el referido umbral propicia que ni siquiera entre los partidarios de las tesis gradualistas exista acuerdo acerca de si el primer estado de alarma conllevó una suspensión de derechos. Por ejemplo, RUIZ ROBLEDO y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA consideran que las restricciones no alcanzaron la intensidad requerida para merecer la calificación de suspensivas¹⁴⁰. En cambio, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE estima que sí se suspendió al menos la libertad de circulación, porque «en lugar de establecer una relación de límites concretos aplicables a la libertad de circulación, [el RD 463/2020] hace exactamente lo contrario... determina cuáles son las excepciones a la prohibición general de circular por las vías de uso público durante la vigencia del estado de alarma. Con esa prohibición global se ataca, por definición, el contenido esencial del derecho a la libre circulación... La libre circulación... devino irreconocible si tenemos en cuenta lo que la generalidad de los juristas entienden [sic] por un derecho de tal tipo. Se le [sic] sometió a semejantes restricciones que la convirtieron en impracticable o, como poco, dificultaron su ejercicio real más allá de lo que es razonable para considerar intacto el núcleo y médula de tal derecho»¹⁴¹. Estas palabras no dejan claro si, en opinión de su autor, el contenido esencial quedó afectado «por definición» porque el derecho fue sometido a una prohibición global que sólo se podía excepcionar en los supuestos previstos por la ley –aun cuando la lista de excepciones era relativamente amplia y no exhaustiva– o porque éstas no eran lo bastante amplias.

4.3. La interpretación gradualista del Tribunal Constitucional

Al objeto de precisar el concepto de suspensión, la [STC 148/2021](#) ha preferido no apoyarse en el de contenido esencial, ni en otros semejantes, como «contenido absoluto», «núcleo irrenunciable que puede alcanzar proyección universal», «contenido constitucional indisponible», «contenido central» y «contenido esencial mínimo». La razón esgrimida es que «ninguna de estas fórmulas o técnicas, precisamente porque son propias del régimen ordinario de restricción de los derechos fundamentales, son aptas para actuar como parámetro constitucional de control [en una situación de emergencia... Este problema] solo se puede abordar a partir de categorías propias del régimen extraordinario de limitación de derechos fundamentales». Nuestra hipótesis es que esta Sentencia no se sirve del concepto de contenido esencial para determinar cuándo existe una suspensión porque ello hubiera conducido a entender que el RD 463/2020 suspendió la libertad de empresa¹⁴², lo que era un resultado muy difícil de aceptar. En el siguiente epígrafe lo veremos.

La [STC 148/2021](#) adopta una tesis puramente sustantiva y gradualista según la cual una restricción de derechos constituye una suspensión a los efectos del art. 55.1 CE cuando reúne cumulativamente dos características: ser «general en cuanto a sus destinatarios y de altísima

¹³⁹ Vid. *infra*, 4.4.

¹⁴⁰ RUIZ ROBLEDO (2021), «Problemas constitucionales del estado de alarma por la COVID-19 en España», *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, 23:38, 2019, pp. 83-104; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2020), «Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma», en BIGLINO y DURÁN (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, pp. 12 y 13.

¹⁴¹ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (2021a, pp. 85 y 86). En sentido similar, DÍAZ REVORIO (2021, pp. 11, 12 y 16).

¹⁴² Así lo entiende CIDONCHA MARTÍN (2020, p. 26).

intensidad en cuanto a su contenido». El Tribunal considera que ambas concurrían en el confinamiento domiciliario:

«Es inherente a esta libertad constitucional de circulación su irrestricto despliegue y práctica en las “vías o espacios de uso público”... con independencia de unos fines que solo el titular del derecho puede determinar, y sin necesidad de dar razón a la autoridad del porqué de su presencia en tales vías y espacios. Y esto es, precisamente, lo que queda en general cancelado mediante la medida que se controvierte... [El art. 7 RD 463/2020 establece la prohibición de circular por las vías de uso público como regla general, con la única salvedad de que tal circulación] «responda a alguna de las finalidades (concretas, sin perjuicio de las dos cláusulas más o menos abiertas de las letras g) y h) indicadas por la autoridad... lo cual, sin duda, excede lo que la LOAES permite “limitar” para el estado de alarma [“la circulación o permanencia [...] en horas y lugares determinados”: art. 11, letra a)]. Tal restricción aparece, pues, más como una “privación” o “cesación” del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una “reducción” de un derecho o facultad a menores límites. Dicho en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende *a radice*, de forma generalizada, para todas “las personas”, y por cualquier medio. La facultad individual de circular “libremente” deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto».

4.4. Inconsistencia de la interpretación del Tribunal Constitucional

La [STC 148/2021](#) incurre en varias incoherencias de gran calibre. La más gruesa es, sin duda, la cometida al enjuiciar si el art. 10 RD 463/2020 suspendió la libertad de empresa¹⁴³. Este precepto dispuso como regla general la «suspensión de ciertas actividades empresariales», así como la «suspensión de la apertura al público» de incontables establecimientos donde se desarrollaban tales actividades. A continuación, contempló varias excepciones. Irónicamente, el término utilizado, hasta cinco veces, por el Gobierno para hacer referencia a estas restricciones fue el de «suspensión». Recordemos que hubo decenas de miles de establecimientos que tuvieron que permanecer completamente cerrados durante meses de resultas de esta «suspensión». Su actividad empresarial quedó completamente cancelada, eliminada, suprimida, durante ese tiempo. Los recurrentes alegaban, por ello, que este precepto había operado «una verdadera suspensión de una dimensión que forma parte del contenido esencial del derecho a elegir una profesión u oficio y de la libertad de empresa»: la del derecho a sostener y desarrollar la correspondiente actividad empresarial. También varios autores han estimado que esta libertad fue suspendida¹⁴⁴.

Pero el Tribunal Constitucional no lo entiende así. Para llegar a esta conclusión, la [STC 148/2021](#), en primer lugar, deja fuera de su análisis algunas de las restricciones impuestas por el referido art. 10, por considerar que no afectaban a la libertad de empresa:

¹⁴³ En el voto particular (§ 5) de CONDE-PUMPIDO a la [STC 148/2021](#) también se advierte esta inconsistencia.

¹⁴⁴ CIDONCHA MARTÍN (2020, p. 26); RUIZ MIGUEL (2020); ARAGÓN REYES (2021). Según FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (2021b), «La crisis de los controladores aéreos y la COVID-19 como emergencias constitucionales insuficientemente regladas. Propuestas de *lege ferenda* para el estado de alarma», en GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, p. 28, también los cierres de establecimientos impuestos por las Comunidades autónomas durante el tercer estado de alarma suspendieron la libertad de empresa.

«Las normas generales, ordinarias o de carácter excepcional, que imponen exigencias de seguridad, higiene o salubridad en los locales comerciales, o en el acceso a los mismos, no inciden en la libertad [de empresa] que la Constitución garantiza, aun cuando condicionen la apertura al público de dichos recintos».

«Tampoco afecta a la libertad de empresa la última de las reglas que se contienen en el artículo 10.1, relativa a los establecimientos que pueden abrir al público: “en cualquier caso, se suspenderá la actividad de cualquier establecimiento que, a juicio de la autoridad competente, pueda suponer un riesgo de contagio por las condiciones en que se esté desarrollando”. Esta regla no limita o restringe, en general, la libertad de comercio, sino que determina el cierre o clausura temporal de unos establecimientos que quedarán individualizados por las condiciones y el riesgo de contagio a los que el precepto se refiere; sin que pueda calificarse de ejercicio de libertad constitucional de empresa aquella conducta que depare, por su anómalo desenvolvimiento, daños o riesgos para terceros».

Estas apodícticas afirmaciones no pueden ser más desafortunadas. Es evidente que esas normas sí limitan el derecho de «sostener en libertad la actividad empresarial» que el art. 28 CE ampara¹⁴⁵. Resulta palmario que una norma jurídica que impone exigencias de seguridad, higiene o salubridad en los establecimientos donde se desarrollan actividades empresariales y que, por consiguiente, limita la facultad que sus titulares tienen para determinar autónomamente cómo realizarlas, hasta el punto de condicionarlas o incluso impedirles, restringe la libertad de empresa. Es claro que una disposición que permite a una autoridad administrativa suspender las actividades empresariales desarrolladas en ciertos establecimientos implica una restricción del derecho a sostenerlas libremente. El que esas medidas vengan motivadas por el riesgo de que la actividad afectada cause un daño a terceros no quita que constituyan genuinas restricciones de la libertad de realizarla. De hecho, la gran mayoría de las restricciones de la libertad persiguen prevenir el riesgo de que las personas que soportan la restricción dañen a otras personas.

Las consecuencias prácticas de esta doctrina no pueden ser más perniciosas. Si dichas medidas no afectan a la libertad consagrada en el art. 38 CE, no necesitan ser proporcionadas, ni motivadas, ni establecidas por el legislador, etc. No hace falta respetar ninguna de las garantías establecidas por nuestro ordenamiento jurídico para el ejercicio de potestades públicas que afectan a la libertad de los ciudadanos.

En segundo lugar, la [STC 148/2021](#) viene a estimar que en las [restantes] restricciones previstas por el art. 10 RD 463/2020 concurre la característica de la *altísima intensidad*, pero no la de la *generalidad*:

«La “suspensión de actividades” que [dicho precepto] ordena no es general, sino que está expresamente limitada a ciertos ámbitos de la actividad que constituye su objeto... Se imponen, así, unas reglas que, por su propia estructura y pese a su amplísimo alcance, se ajustan más a la naturaleza de una limitación muy intensa que a la de una suspensión general».

Este razonamiento causa perplejidad. Debe notarse, en primer lugar, que la estructura de los arts. 7 y 10 RD 463/2020 era prácticamente idéntica: en los dos casos se establecía una prohibición general y un catálogo de excepciones, que en el caso de la libertad de circulación se cerraba con dos cláusulas abiertas y no tenía carácter de *numerus clausus*, como la propia [STC 148/2021](#) reconoce.

¹⁴⁵ En palabras de la [STC 83/1984, de 24 de julio \(FI 3\)](#).

En segundo lugar, resulta difícil de entender que esta Sentencia niegue –apodóticamente, una vez más– el carácter general a unas restricciones que afectaron a decenas de miles de establecimientos de toda España y que, en sus propias palabras, tuvieron un «amplísimo alcance»¹⁴⁶.

En tercer lugar, la Sentencia no aclara cuál es el concepto de «generalidad» que aquí maneja, ni cuáles son los criterios con arreglo a los cuales se determina si una medida es o no general a los efectos del art. 55.1 CE. Da la impresión de que considera que una «intensísima» restricción de la libertad no es general ni, por ende, constituye una suspensión si afecta sólo a un subconjunto de los ciudadanos españoles que la ejercen, aunque sean cientos de miles o incluso millones. Ello plantea el arduo problema de precisar cuál es el umbral a partir del cual ha de considerarse que la medida en cuestión es general. Se suscita la duda, por ejemplo, de si hay que reputar generales las «restricciones de altísima intensidad» que afectan sólo a las personas que viven en una parte del territorio español: una Comunidad autónoma, una provincia, una comarca, un área metropolitana, una ciudad, etc.

Resulta significativo el hecho de que algunos autores que han alabado la [STC 148/2021](#) por haber declarado que en el primer estado de alarma se suspendió la libertad de circulación también la critiquen por no haber hecho lo propio respecto de la libertad de empresa¹⁴⁷.

Cabe pensar que el Tribunal Constitucional incurrió en esta inconsistencia para evitar el resultado, difícilmente digerible, al que su interpretación del concepto de suspensión, pergeñada para declarar inconstitucional el confinamiento domiciliario, conducía ineludiblemente respecto de la libertad de empresa. Como se desprende del art. 55 CE y dispone explícitamente el art. 13.2.a) LOEAES, en el estado de excepción no se pueden suspender otros derechos que los enumerados en aquel precepto constitucional, entre los cuales no está la libertad empresarial. Es decir, si la prohibición temporal absoluta de abrir esos establecimientos y desarrollar en ellos las correspondientes actividades económicas fuera una suspensión, habría que concluir que ni el Gobierno ni las Cortes Generales podrían acordarla en modo alguno, ni siquiera mediante la declaración del estado de excepción o de sitio. Ni siquiera en el caso de que se tratara de una medida necesaria y proporcionada para proteger la vida de millones de personas. Nos parece que interpretar así la Constitución es contrario al más elemental sentido común. Probablemente, el Tribunal Constitucional prefirió pagar el precio de esta incoherencia antes que sostener semejante interpretación. Pero repárese en que podía haber evitado ambos males si hubiera dado al término suspensión otro significado.

4.5. Interpretaciones literal, originalista y evolutiva del término suspensión

Las normas jurídicas –también las constitucionales– deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras (art. 3.1 Código civil). El tenor literal del art. 55 CE apoya claramente la tesis cualitativa. El término «suspensión» tiene un sentido propio bien definido en el lenguaje jurídico español. «En Derecho el concepto de “suspensión” se entiende como la cesación temporal de la

¹⁴⁶ En opinión de CIDONCHA MARTÍN (2020, p. 26), «durante la vigencia del estado de alarma se ha suspendido con carácter general el ejercicio de la libertad de empresa en una buena parte de la economía».

¹⁴⁷ Vid., por ejemplo, ARAGÓN REYES (2021).

eficacia de un acto o norma jurídica»¹⁴⁸ y no como «restricción muy intensa». Cuando se afirma, sin más precisiones, que un acto jurídico –v. gr., una ley, un reglamento, un acto administrativo, un contrato, etc.– o un derecho ha sido suspendido, se entiende que éste ha dejado de tener vigencia, de producir sus efectos jurídicos, durante un tiempo¹⁴⁹. Sin embargo, la [STC 148/2021](#) interpreta este término en un sentido más amplio, que excede de lo que en el lenguaje jurídico se entiende comúnmente por suspensión.

Las normas jurídicas también deben interpretarse según sus antecedentes legislativos y su finalidad (art. 3.1 Código civil). Y, como han señalado diversos autores y el Magistrado XIOL RÍOS, «los debates constituyentes ponen de manifiesto que los estados de alarma, excepción y sitio fueron concebidos para resolver crisis de diferente naturaleza, no para aplicar un estado u otro dependiendo de la gravedad de la situación de emergencia»¹⁵⁰. Con el estado de excepción se pretendía dar poderes al Gobierno para resolver crisis extraordinarias de índole política. Con el de alarma, «capacitar al Gobierno, a todo Gobierno, para una rápida reacción ante catástrofes naturales o tecnológicas»¹⁵¹. Los constituyentes estimaron que el estado de alarma era el instrumento adecuado para combatir una epidemia grave.

La propia [STC 148/2021 \(FI 11\)](#) reconoce que la regulación contenida en la LOEAES y los debates parlamentarios que la precedieron refuerzan esta idea. El legislador pensaba que el estado pertinente y apropiado para luchar contra una epidemia grave era el de alarma, no el de excepción¹⁵². Así se deduce claramente de la regulación de los supuestos de hecho en los que cabe decretarlos. El art. 4.b) LOEAES menciona entre las «alteraciones graves de la normalidad» que habilitan para declarar el primero las «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves». El art. 13.1 LOEAES, en cambio, contempla la posibilidad de declarar el estado de excepción sólo «cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo». Es dudoso que una epidemia como la de la COVID-19 encaje en este supuesto de hecho¹⁵³, aunque podría hacerlo si se interpretara muy ampliamente la expresión «grave alteración del orden público». Lo que no admite discusión es que encaja mucho mejor en el supuesto de hecho del estado de alarma.

A la misma conclusión se llega cuando uno repara en las medidas que según la LOEAES cabe adoptar en tales estados. Las previstas en su art. 11 para el de alarma resultan mucho más adecuadas para luchar contra una epidemia que las contempladas en los arts. 16 a 26, respecto

¹⁴⁸ GONZÁLEZ RIVAS, en su voto particular (§ 14) a la [STC 148/2021](#).

¹⁴⁹ Véanse las entradas «suspensión», «suspensión de derechos», «auto de suspensión», «suspensión del acto reclamado», «suspensión de la pena», «suspensión de potestad» y otras análogas, contenidas en el *Diccionario panhispánico del español jurídico* (2020), elaborado por la Real Academia Española.

¹⁵⁰ Voto particular (§ 8) de XIOL RÍOS a la [STC 148/2021](#).

¹⁵¹ [Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, número 109, sesión plenaria núm. 38, de 13 de julio de 1978, p. 4238.](#)

¹⁵² En el mismo sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, ARIAS APARICIO y HERNÁNDEZ DÍEZ (2020, p. 56).

¹⁵³ Lo niegan, entre otros, LÓPEZ GARRIDO (2020) y CARRILLO (2020), así como XIOL RÍOS, CONDE-PUMPIDO y BALAGUER CALLEJÓN, en sus respectivos votos particulares a la [STC 148/2021](#).

del de excepción¹⁵⁴. Especialmente significativo es el hecho de que el art. 12.1 LOEAES, aplicable a los estados de alarma decretados para combatir «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves», autorice al Gobierno a tomar también las medidas «establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas».

Sin embargo, la [STC 148/2021](#) descarta esta interpretación «originalista» del art. 55 CE y acoge lo que denomina una interpretación «evolutiva» e «integradora», según la cual puede y debe acudir al estado de excepción en una crisis sanitaria cuando para afrontarla es imprescindible suspender derechos fundamentales.

Esta última interpretación nos parece razonable, pues la solución contraria podría engendrar un grave dilema práctico: no habría manera constitucionalmente lícita de gestionar adecuadamente semejantes crisis; el estado de alarma no permitiría adoptar las únicas medidas útiles para hacerles frente; y el de excepción, que sí autorizaría su adopción, no sería procedente.

Lo que nos parece criticable es que la [STC 148/2021](#) se coloque a sí misma en este dilema al interpretar el art. 55 CE en un sentido manifiestamente contrario a su tenor literal. Resulta muy desacertado dar al término suspensión un significado que excede del que se le atribuye normalmente en el lenguaje jurídico. De un lado, porque este exceso interpretativo mina la seguridad jurídica y la credibilidad de los Tribunales, especialmente del Constitucional. De otro lado, y sobre todo, porque esta interpretación propicia que el estado de excepción sea decretado en situaciones para las que no fue previsto ni diseñado, ni por el constituyente ni por el legislador, lo que encierra serios riesgos y problemas prácticos, como luego veremos.

¹⁵⁴ No examinaremos si las medidas establecidas por el RD 463/2020 excedieron de las previstas en el art. 11 LOEAES. Así lo estiman, por ejemplo, SANTAMARÍA PASTOR (2020), «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempo de crisis», en BLANQUER (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 227-231; PRESNO LINERA (2020), «Teoría y práctica de los derechos fundamentales en tiempos de COVID-19», *Revista Administración & Ciudadanía*, 15:2, pp. 337 y 338.

4.6. La interpretación del concepto de suspensión de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos

Cabría pensar que, en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, el concepto de suspensión del art. 55.1 CE debe interpretarse de manera acorde con un concepto análogo empleado en algunos tratados internacionales¹⁵⁵. La [STC 148/2021](#) advierte al respecto que el [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos \(en adelante, CEDH\)](#) distingue entre las «restricciones» y la «derogación» de éstos prevista en su art. 15, donde puede leerse que:

«1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional.

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.

3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación».

La [STC 148/2021](#), sin embargo, no extrae consecuencia alguna de este precepto o de la jurisprudencia del TEDH con el objeto de definir el concepto de suspensión del art. 55.1 CE. En este punto se limita a señalar que algunos Estados europeos, como Rumanía, cumplieron el deber de información a que se refiere el art. 15.3 CEDH tras adoptar medidas restrictivas de derechos, como la libertad de circulación, para contener la COVID-19. Aunque la Sentencia no lo afirma explícitamente, parece sugerir sutilmente que esta práctica apoyaría la tesis de que tales restricciones constituían una «suspensión».

DÍAZ REVORIO (2021, p. 25), por su parte, considera que la jurisprudencia del TEDH producida en relación con el art. 15 CEDH refuerza la tesis gradualista, al «apuntar claramente a la idea de que la suspensión de derechos o la invocación de legislación excepcional no permiten la desaparición de las garantías en las que el derecho consiste». La suspensión, pues, no equivaldría a una derogación total del derecho durante un tiempo.

A nuestro juicio, del art. 15.1 CEDH y la jurisprudencia del TEDH puede extraerse, en efecto, información relevante para la interpretación del concepto de suspensión del art. 55.1 CE. En primer lugar, debe notarse que el concepto de «derogación» del art. 15.1 CEDH no es funcionalmente equivalente al concepto de suspensión del art. 55.1 CE, por lo que no resulta necesariamente obligado dar a éste, sin más, el mismo significado que aquél tiene. Entre los dos hay importantes diferencias, cuando menos las siguientes:

¹⁵⁵ REQUEJO RODRÍGUEZ (2018), «Artículo 55», en RODRÍGUEZ-PIÑERO y CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, BOE, Madrid, t. I, p. 1539, y, sobre todo, ESCOBAR ROCA (2021), «Los derechos humanos en estados excepcionales y el concepto de suspensión de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, 110, pp. 113-152.

1ª. El art. 15 CEDH contempla la posibilidad de que, en circunstancias extraordinarias, se impongan restricciones que no serían conformes con el CEDH en situaciones ordinarias. Aquí, el concepto de suspensión marca la frontera entre las restricciones ordinarias y las extraordinarias. En cambio, el concepto de suspensión del art. 55.1 CE no determina la frontera entre las restricciones ordinarias y las extraordinarias, sino los supuestos en los que cabe utilizar distintos instrumentos jurídicos extraordinarios: el estado de alarma, por un lado, y los estados de excepción y sitio, por otro.

2ª. Los requisitos formales de la suspensión son también diferentes. El art. 15 CEDH la acompaña de un simple deber de comunicar al Consejo de Europa las restricciones impuestas. El art. 116 CE, en cambio, la supedita a la aprobación previa del Congreso de los Diputados, que es un requisito más estricto y difícil de cumplir que un mero deber de informar *a posteriori*. Nótese, además, que la declaración del estado de alarma está sujeta a un deber de información equivalente al previsto en el art. 15.3 CEDH: el Gobierno debe dar cuenta inmediata al Congreso.

3ª. El art. 15 CEDH contempla, en principio, la posibilidad de suspender derechos que el art. 55 CE no permite suspender (v. gr., la libertad religiosa).

4ª. Al establecer que sólo se podrán adoptar medidas suspensivas «en la medida estricta en que lo exija la situación», el art. 15 CEDH indica claramente que esas medidas, al igual que las establecidas en situaciones ordinarias, deben respetar el principio de proporcionalidad.

5ª. El art. 116 CE ha sido desarrollado por una ley (la LOEAE) que regula con cierto detalle en qué supuestos, con qué alcance y bajo qué condiciones puede el Gobierno acordar medidas restrictivas de derechos en situaciones de emergencia. El art. 15 CEDH, en cambio, carece de un desarrollo legislativo análogo.

En segundo lugar, puede apreciarse que sólo diez Estados han notificado al Consejo de Europa, conforme a lo previsto en el art. 15.3 CEDH, la adopción de medidas «suspensivas» de derechos con ocasión de la COVID¹⁵⁶. Curiosamente, ningún Estado de Europa Occidental (salvo San Marino) lo ha hecho. Ni siquiera aquellos, como Italia, que impusieron un confinamiento domiciliario muy similar al establecido en España durante el primer estado de alarma.

En tercer lugar, debe resaltarse el hecho de que la praxis de los Estados y la jurisprudencia del TEDH han convertido en irrelevante el concepto de suspensión. Lo han «desactivado», al equipararlo a efectos prácticos con el de restricción. Como bien pone de manifiesto ESCOBAR ROCA, el canon utilizado por el TEDH para enjuiciar la compatibilidad de una suspensión con el CEDH ha ido acercándose al empleado respecto de las restricciones, hasta convertirse en «un control estricto, deferente pero no sustancialmente distinto al propio de las situaciones de normalidad», basado en el respeto de los principios de legalidad y proporcionalidad¹⁵⁷. Lo mismo ha ocurrido con los preceptos equivalentes contenidos en otros tratados internacionales, como el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: «aunque se afirma que la suspensión “es claramente distinta de las restricciones o limitaciones” de los derechos humanos, no se señalan las diferencias entre ambos conceptos». Y, en la práctica, «suspensión no sólo no implica “supresión”, sino que viene a ser equivalente a “restricción”, pues se [aplica] el mismo modelo de control de ésta»¹⁵⁸.

¹⁵⁶ A 3 de octubre de 2021, Albania, Armenia, Estonia, Georgia, Letonia, Macedonia del Norte, Moldavia, Rumanía, San Marino y Serbia (<https://www.coe.int/en/web/conventions/derogations-covid-19>).

¹⁵⁷ ESCOBAR ROCA (2021, p. 133).

¹⁵⁸ ESCOBAR ROCA (2021, p. 137).

«En definitiva –concluye ESCOBAR ROCA– no existe diferencia sustancial entre restricción y suspensión de derechos». Por ello, «incluso podría prescindirse del concepto sin demasiado problema, y resulta significativo que no aparezca en el último gran documento internacional de derechos humanos, la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea»¹⁵⁹.

Este resultado que se ha consolidado en la práctica del Derecho internacional merece una valoración positiva, en la medida en que ha propiciado una mejor protección de los derechos fundamentales en situaciones de graves crisis, al dejar claro que también aquí las restricciones impuestas por las autoridades estatales deben respetar los principios de legalidad y, sobre todo, proporcionalidad. Luego veremos que este resultado práctico es el mismo al que conduce la interpretación cualitativa del concepto de suspensión a que se refiere el art. 55.1 CE¹⁶⁰, interpretación que defendemos.

4.7. Consecuencias prácticas de las interpretaciones en liza

a. *Incertidumbres y errores en la elección del instrumento jurídico pertinente*

A pesar de emplear la «diligencia exigible», los poderes públicos implicados –el Gobierno de España, el Congreso de los Diputados, las autoridades autonómicas, los Tribunales ordinarios, etc.– pueden equivocarse al aplicar las normas que, bajo ciertas condiciones, permiten utilizar determinados instrumentos jurídicos con el objeto de afrontar una crisis: estado de excepción, estado de alarma, medidas previstas en la legislación sanitaria, etc. Cuanto más vagas e indeterminadas sean esas normas, mayores serán la incertidumbre que conlleva su interpretación y el riesgo de cometer equivocaciones al aplicarlas.

Es posible que, de resultas de una equivocación tal, se utilice un instrumento que en el caso considerado resulta inadecuado o jurídicamente improcedente. Estos errores pueden tener consecuencias nefastas. Pueden, por ejemplo, propiciar que muchas personas sufran restricciones en su libertad arbitrarias o desproporcionadas, así como entorpecer inútilmente la adopción de medidas de protección de la vida de otras personas. En cualquier caso, cabe razonablemente estimar que la mera perspectiva de cometerlos puede producir un pernicioso efecto retardatorio o incluso paralizante sobre la decisión de la autoridad competente. Ese efecto será tanto más intenso cuanto mayor sea la incertidumbre interpretativa y más graves los perjuicios ocasionados por los posibles errores.

A fin de minimizar el riesgo de que se cometan tales equivocaciones, el contenido del concepto de «suspensión de derechos» del art. 55 CE (la realidad a la que se refiere esta expresión) debería tener un elevado grado de previsibilidad. Y no cabe duda de que este concepto resulta mucho más predecible con arreglo a la referida tesis cualitativa que de acuerdo con una tesis gradualista como la sostenida por la [STC 148/2021](#)¹⁶¹. Esta última obliga a fijar el umbral a partir del cual las restricciones de un derecho son «generalizadas» y alcanzan una «altísima intensidad» tal que deben considerarse suspensiones. Lo cual está muy lejos de ser una tarea sencilla y de resultados

¹⁵⁹ ESCOBAR ROCA (2021, p. 146).

¹⁶⁰ Vid. *infra*, 4.7.h.

¹⁶¹ Como advierte RIDAO (2021b), [«El Tribunal Constitucional siembra incertidumbre»](#), *El País*, 9 de agosto de 2021.

fácilmente predecibles. Como advierte el Magistrado CONDE-PUMPIDO en su voto particular a la [STC 148/2021](#): «el canon establecido [por ésta] solo puede generar una intensa inseguridad jurídica, al dejar indeterminada la frontera entre las categorías de restricción y suspensión» (§ 1); «tal concepción, aboca a cierta arbitrariedad en su aplicación»; «no da certeza alguna... y se convierte en instrumental para permitir que este tribunal tenga una mayor discrecionalidad para considerar que algunas de las medidas en su día adoptadas... fueron inconstitucionales» (§ 5).

Adviértase, finalmente, que si el riesgo de cometer esos errores interpretativos es muy elevado, el Gobierno tenderá a decretar el estado de excepción ante la duda¹⁶², incluso en casos donde, en realidad, sería constitucionalmente lícito y más adecuado utilizar otras herramientas jurídicas, como el estado de alarma o las medidas previstas en la legislación sanitaria. Las tesis gradualistas, como la sostenida por la [STC 148/2021](#), aumentan así el riesgo que se declare indebidamente el estado de excepción, con todos los inconvenientes, problemas y peligros que ello conlleva, a los que nos referimos seguidamente.

b. *El prejuicio dogmático de que el estado de excepción es un instrumento jurídico más tuitivo que el de alarma*

Los defensores de las tesis gradualistas estiman que el estado de excepción es el «instrumento más tuitivo» de los derechos implicados, toda vez que su declaración requiere una previa autorización parlamentaria, a diferencia del estado de alarma, que puede ser decretado inmediatamente por el Gobierno¹⁶³.

Esta es la idea central que late en la [STC 148/2021](#). El Tribunal interpreta extensivamente el concepto de suspensión –es decir, el supuesto de hecho en el que sólo procede declarar el estado de excepción o sitio– porque implícitamente entiende –o pretexto– que este instrumento jurídico protege y garantiza mejor los derechos afectados que el de alarma, en la medida en que el primero debe contar con la previa autorización del Congreso, a diferencia del segundo, que sólo la necesita si el Gobierno pretende prolongarlo más de quince días. El Tribunal advierte que interpretar literalmente el concepto de suspensión:

«Implicaría dejar exclusivamente en manos de la autoridad competente (que, no debe olvidarse, en el estado de alarma es inicialmente el Gobierno, sin la previa autorización del Congreso de los Diputados)... la posibilidad de limitar otros derechos fundamentales garantizados por nuestra Norma fundamental, de forma generalizada y con una altísima intensidad... (unilateralmente, sin posibilidad de debate y autorización parlamentaria previos, ni de control jurisdiccional ordinario)».

Esta idea resulta muy cuestionable por varias razones. Veámoslas.

¹⁶² En sentido similar, CONDE-PUMPIDO, en su voto particular (§ 5) a la [STC 148/2021](#).

¹⁶³ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (2021a, p. 90). En sentido similar, DÍAZ REVORIO (2020 y 2021, p. 39); COTINO HUESO (2021, p. 30); CUENCA MIRANDA (2021, p. 15).

c. *El valor de la autorización parlamentaria del estado de excepción*

Los partidarios de las tesis gradualistas otorgan a esta autorización parlamentaria un valor superior al que seguramente ésta tiene en una situación de epidemia grave. De un lado, sobrevaloran sus beneficios tuitivos. De otro, soslayan o subestiman los costes que esa autorización conlleva para los derechos afectados.

Cabe pensar que esta intervención parlamentaria tiene, por lo general, un benéfico efecto tuitivo, al proteger los derechos afectados frente a posibles excesos y arbitrariedades gubernamentales. El hecho de que las restricciones impuestas por el Gobierno tengan que ser aprobadas previamente por la mayoría de los representantes directos del pueblo, a través de un procedimiento público, plural y deliberativo, seguramente reduce el riesgo de que dichas medidas resulten injustificadas. Ahora bien, la magnitud de la reducción de ese riesgo puede variar considerablemente en función de las circunstancias. Los beneficios de la intervención parlamentaria dependerán sobre todo de la capacidad que efectivamente tenga el Congreso para evaluar objetivamente las restricciones y tomar una decisión acertada. Cuanto mayor (menor) sea esa capacidad, más elevados (reducidos) serán tales beneficios.

Es muy razonable estimar que, en una epidemia grave, dicha capacidad tenderá a ser muy baja, en primer término, porque, como ya sabemos, una crisis tal puede obstaculizar seriamente el funcionamiento del Congreso y, en consecuencia, su capacidad para examinar rigurosamente las medidas solicitadas. En segundo lugar, es probable que, en este tipo de situaciones, los diputados apenas dispongan de los conocimientos, la información y el tiempo necesarios para evaluar cabalmente tanto los riesgos epidemiológicos, sociales y económicos a los que hay que hacer frente como las medidas propuestas por el Gobierno. En tales circunstancias, probablemente tenderán a mostrarse deferentes y autorizar dichas medidas, en atención a que el Gobierno está presumiblemente mejor situado que ellos para tomar una decisión acertada. Ello explicaría en gran medida por qué el estado de alarma declarado el 14 de marzo de 2020 fue prorrogado once días después por la abrumadora mayoría del Congreso, con 321 votos a favor, 0 en contra y 28 abstenciones; y por qué todos los diputados que luego, el 28 de abril de 2020, lo recurrirían ante el Tribunal Constitucional votaron entonces a favor, suponemos que porque a la sazón consideraban que dicho Real Decreto se ajustaba a la Constitución; parece, pues, que incluso a ellos les costó varias semanas «valorarlo correctamente». También es muy significativo el hecho de que, en la autorización de las siguientes prórrogas, los debates parlamentarios apenas duraran un día o a veces medio y el número de enmiendas presentadas fuera sumamente escaso¹⁶⁴. Todo lo cual indica que el control ejercido por el Congreso fue muy liviano y superficial. En tercer lugar, el control resultará prácticamente ineficaz, por razones obvias, si el partido o la coalición política gubernamental cuenta con la mayoría parlamentaria.

La intervención previa del Congreso, por otro lado, puede ser enormemente costosa. Para que ésta cumpla efectivamente su función de control y protección, hace falta tiempo, el indispensable para que los diputados adquieran la información y los conocimientos que les permitan evaluar adecuadamente tanto la crítica situación como las propuestas formuladas por el Gobierno para afrontarla. Y el coste de oportunidad de ese tiempo, que se añade al que el Gobierno empleó antes para analizar la situación y preparar esas propuestas, puede ser extraordinariamente elevado, pues en el ínterin puede contagiarse mucha gente. En una grave pandemia, en la que es necesario

¹⁶⁴ CUENCA MIRANDA (2021, p. 22).

tomar urgentemente medidas de protección de la salud pública, el coste en vidas humanas y daños para la integridad física de las personas que conlleva esperar un tiempo considerable a que los diputados puedan efectuar dicha evaluación será normalmente excesivo. Seguramente por esta razón, ARAGÓN REYES afirma –de manera no muy coherente con su posición sobre la licitud del RD 463/2020– que «cabe formular un principio general: las medidas excepcionales deben adoptarse lo más inmediatamente posible al surgimiento de la situación de riesgo que las habilita»¹⁶⁵. No podemos estar más de acuerdo.

Precisamente por esa y otras razones, y como la propia [STC 148/2021](#) reconoce, tanto los constituyentes como los artífices de la LOEAES estimaron que el estado de emergencia más adecuado para luchar contra una grave epidemia era el de alarma, no el de excepción.

d. El valor de la autorización parlamentaria de la prórroga del estado de alarma. La conversión de la prórroga en un estado de excepción

Para evaluar en su justa medida la autorización parlamentaria requerida para declarar el estado de excepción y suspender derechos ha de repararse asimismo en otra circunstancia, sobre la que la [STC 148/2021](#) guarda silencio: la prórroga del estado de alarma está sujeta también a esa misma garantía¹⁶⁶. De hecho, el Congreso autorizó por amplias mayorías cada una de las seis prórrogas quincenales de que fue objeto el estado de alarma declarado por el RD 463/2020.

PASQUAU LIAÑO estima que «un estado de alarma prorrogado por el Congreso tiene un “efecto equivalente” a un estado de excepción, pues ya no es una decisión unilateral del Gobierno, que es justamente lo que distingue una cosa y otra»; «una vez obtenida la autorización del Congreso para su prórroga, [queda] cubierta la garantía de control parlamentario». De esta «equivalencia» se derivaría una importante consecuencia práctica: «la tacha de inconstitucionalidad que ha apreciado el Tribunal Constitucional debería ir referida a los primeros quince [en realidad, fueron once] días del estado de alarma [anteriores a su primera prórroga]; «sería defendible afirmar... que la medida quedó regularizada constitucionalmente a partir de su primera prórroga, que sí contó con dicha aprobación del Congreso»¹⁶⁷.

En sentido similar, XIOL RÍOS señala en su voto particular (§§ 42-47) a la [STC 148/2021](#) que, desde el momento en el que el Congreso autorizó la primera prórroga del estado de alarma, las medidas restrictivas impuestas cumplían las exigencias que la Constitución impone para suspender derechos fundamentales, aunque fueran previstas por una norma que declaró el estado de alarma y no el de excepción. Y aquí la denominación resulta irrelevante. «Los actos jurídicos han de calificarse de acuerdo con su naturaleza, no con el nombre que se les otorgue». Es más, en su opinión cabría sostener incluso que esta intervención parlamentaria «subsana en origen el vicio en el que, según sostiene la mayoría, incurrió el Gobierno al dictar esta norma sin la previa autorización del Congreso de los Diputados». Al prorrogar las medidas suspensivas de derechos, el Congreso «las hizo suyas en su integridad», «corrigió el defecto inicial» en el que había incurrido el Gobierno al dictarlas y las «convalidó».

¹⁶⁵ ARAGÓN REYES (2020a, p. 2).

¹⁶⁶ En palabras de ÁLVAREZ GARCÍA, ARIAS APARICIO y HERNÁNDEZ DÍEZ (2020, p. 102), «a partir de la prórroga del estado de alarma, sus garantías procedimentales se igualan con las del estado de excepción».

¹⁶⁷ PASQUAU LIAÑO, «La “alarma”, la “excepción” y la “autoridad”», *CTXT. Contexto y Acción*, 20 de julio de 2021.

La [STC 148/2021](#), sin embargo, no se pronuncia sobre esta cuestión, ni tampoco razona por qué la invalidez de los preceptos del RD 463/2020 que establecían medidas suspensivas de derechos determina necesariamente también la de sus prórrogas. Simplemente lo afirma apodócticamente, como si fuera obvio. XIOL indica, a modo de explicación, que «instituciones clásicas en el Derecho público, como la convalidación de los actos, maridan mal con las concepciones del Derecho de carácter esencialista y formalista, proclives a dar un valor absoluto a cualquier atisbo de nulidad».

Nuestra opinión en este punto es parecida a las de PASQUAU y XIOL. Hay que tener en cuenta cuáles son los vicios de inconstitucionalidad que la [STC 148/2021](#) aprecia en algunas disposiciones del RD 463/2020 y, por lo tanto, cuál es el interés constitucionalmente protegido que éstas lesionaron. Sólo estaría justificado considerar inconstitucionales las prórrogas del RD 463/2020 si los vicios de que éste padecía hubieran afectado también a aquéllas o, dicho de otra manera, si las prórrogas hubieran menoscabado igualmente las garantías constitucionales que dicho decreto eludía. Sin embargo, en nuestra opinión, no cabe entender que esto haya ocurrido, en principio.

La [STC 148/2021](#) declaró inconstitucional el precepto que habilitaba al Ministro de Sanidad para «modificar» y «ampliar» las restricciones de la libertad de empresa previstas en el art. 10 RD 463/2020, por cuanto esta habilitación permitía agravar dichas restricciones esquivando la obligación, que el art. 116.2 CE impone al Gobierno, de comunicar inmediatamente la declaración del estado de alarma al Congreso con el fin de que éste pueda ejercer su función de control político. Creemos que aquí podía haberse hecho una interpretación conforme con la Constitución del art. 10.6 RD 463/2020. Hubiera sido razonable declarar que la habilitación se entendía sin perjuicio del deber del Gobierno de dar cuenta inmediata al Congreso de las modificaciones correspondientes, a fin de que éste pudiera controlarlas.

El confinamiento domiciliario se consideró inconstitucional por constituir una suspensión de la libertad de circulación, que no podía ser impuesta en un estado de alarma. Al utilizar un instrumento equivocado, el Gobierno omitió las dos grandes garantías constitucionalmente previstas para suspender derechos a través del estado de excepción: la previa autorización del Congreso y los sesenta días de duración máxima.

Sin embargo, todos los decretos que prorrogaron el estado de alarma cumplieron ambas garantías. A diferencia del RD 463/2020, cada uno de ellos se dictó en virtud de una previa resolución del Congreso de los Diputados por la cual se autorizaba la imposición de ciertas restricciones durante un periodo de tiempo inferior a treinta días¹⁶⁸. Se respetó así la garantía de la «previa autorización de la representación popular» requerida para declarar el estado de excepción y suspender derechos.

Debe resaltarse que la intervención del Congreso por la que se autoriza la prórroga del estado de alarma no es menos «garantista» que su intervención requerida para declarar el estado de excepción. Los requisitos, el procedimiento, el alcance del control y los efectos jurídicos de los dos tipos de resoluciones parlamentarias son equivalentes, sin perjuicio de las puntualizaciones

¹⁶⁸ Vid., por ejemplo, la [Resolución de 25 de marzo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo](#)).

que luego haremos. El procedimiento parlamentario que ha de seguirse para prorrogar el estado de alarma es exactamente el mismo que el contemplado para declarar y prorrogar el estado de excepción (art. 163.1 del [Reglamento del Congreso](#)). Y, en ambos casos, el Congreso tiene idéntico margen de maniobra para determinar el alcance y los efectos de las restricciones impuestas.

Conviene, no obstante, hacer dos puntualizaciones. En primer lugar, el art. 116.3 CE establece que la autorización parlamentaria para declarar el estado de excepción «debe determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración». En cambio, esa determinación expresa no se requiere para prorrogar el estado de alarma. El art. 6.2 LOEAES simplemente dispone que en este último supuesto el Congreso «podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga». Con todo, hay que poner de relieve que las seis resoluciones parlamentarias por las que se autorizaron las prórrogas determinaron expresamente sus efectos, alcance territorial y duración, si bien algunas de esas determinaciones expresas se hicieron por remisión: el Congreso precisó esos extremos asumiendo de manera explícita las disposiciones del estado de alarma objeto de prórroga y, en su caso, especificando las modificaciones introducidas¹⁶⁹. Cabe entender, obviamente, que semejante determinación expresa por remisión constituye una determinación expresa a los efectos del art. 116 CE, principalmente porque garantiza en la misma medida los derechos constitucionales afectados.

En segundo lugar, según hemos visto, de los arts. 116.3 CE y 15.3 LOEAES se desprende claramente que sólo cabe prorrogar por una vez el estado de excepción, cuya duración total, sumadas la de su vigencia inicial y la de su prórroga, no puede superar sesenta días. Ni la CE ni la LOEAES, por el contrario, limitan explícitamente el número de prórrogas de las que es susceptible el estado de alarma, ni tampoco su duración total. De hecho, el declarado en marzo de 2020, tras ser prorrogado en seis ocasiones, tuvo una vigencia de noventa y nueve días.

Cabe sostener, por consiguiente, que el Tribunal Constitucional debía haber «convertido» al menos la primera y la segunda prórrogas del primer estado de alarma en la declaración y la prórroga de un estado de excepción, habida cuenta de que aquellas disposiciones gubernamentales cumplían todos los requisitos de validez establecidos por el ordenamiento jurídico para los actos por los que se declara y prorroga el estado de excepción.

No hubiera sido, ni mucho menos, la primera vez que el Tribunal lleva a cabo una conversión semejante, consistente en dar al acto jurídico enjuiciado una calificación, con arreglo a la cual éste es válido, distinta de la que le dio su propio autor, de acuerdo con la cual el acto es inválido. Cabe mencionar, a título de ejemplo, algunos casos en los que el Estado estableció un precepto con carácter de legislación básica, aplicable tanto al Estado como a las Comunidades autónomas, pero se excedió de lo que en la materia correspondiente constituyen las bases con arreglo a la Constitución. En tales casos, el Tribunal no suele declarar la nulidad del precepto en cuestión, sino que se limita a declarar que éste vulnera el orden constitucional de competencias. Es decir, el Tribunal «convierte» una norma jurídica básica, vinculante para el Estado y las Comunidades autónomas, en una norma no básica, que vincula al primero y que sólo se aplica a las segundas con carácter supletorio¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Véase, por ejemplo, la citada Resolución del Congreso de 25 de marzo de 2020.

¹⁷⁰ Vid., por ejemplo, las SSTC [50/1999, de 6 de abril](#), y [55/2018, de 24 de mayo](#).

También en otros ámbitos del Derecho público encontramos casos de conversión parecidos. El [art. 50 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común](#), rotulado «conversión de actos viciados», dispone que «los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste»¹⁷¹.

La conversión puede considerarse un caso particular de aplicación del llamado principio de interpretación de las normas conforme con el ordenamiento jurídico¹⁷². Si una disposición es susceptible de dos o más interpretaciones (y calificar una norma es una de las operaciones que ha de llevarse a cabo para interpretarla), hay que descartar aquellas con arreglo a las cuales la disposición es inválida y escoger alguna conforme a las cuales es válida. La justificación de este canon interpretativo reside en que permite conservar, hasta cierto punto, el efecto práctico perseguido por el autor de la norma al dictarla y, por ende, satisfacer los intereses legítimos en juego mejor de lo que los satisfaría una anulación total.

En el caso aquí considerado, invalidar íntegramente las restricciones y sanciones impuestas durante las sucesivas prórrogas del estado de alarma podría, cuando menos, minar los incentivos que en el futuro los ciudadanos tendrán para respetar restricciones análogas, lo cual entraña un riesgo para la salud pública que conviene enervar.

Por lo demás, conviene señalar dos diferencias existentes entre nuestra posición y la sostenida por XIOL RÍOS en su voto particular a la [STC 148/2021](#). La primera es una *technicality*. A nuestro juicio, no nos encontramos aquí ante una convalidación, sino ante una «conversión», fenómeno que, como el propio XIOL apunta, consiste en dar a un acto una calificación jurídica conforme a la cual ese acto es válido y distinta de la que le dio su autor, con arreglo a la cual era inválido. No creemos que pueda afirmarse que la intervención del Congreso «convalidó» los preceptos del primer estado de alarma que suspendían derechos. Lo que podemos sostener es que, prorrogados estos preceptos previa autorización del Congreso, la prórroga cumplía todos los requisitos constitucionalmente previstos para declarar el estado de excepción y, por lo tanto, podía ser considerada como –o «convertida» en– una declaración tal.

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo que acabamos de señalar, estimamos que esta «conversión» no tuvo efectos retroactivos y, por lo tanto, no dio cobertura a las situaciones jurídicas surgidas al amparo de los preceptos en cuestión durante sus primeros once días de vigencia. Las normas jurídicas no tienen efecto retroactivo a menos que dispongan lo contrario (art. 2.3 Código civil). Y ni los decretos por los que se acordaron las prórrogas ni las previas resoluciones del Congreso dispusieron su retroactividad. En cualquier caso, no cabe sostener que las sanciones impuestas durante esos once días al amparo de los preceptos luego declarados inconstitucionales fueron objeto de una convalidación retroactiva, pues ésta vulneraría el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables (art. 25.1 CE)¹⁷³.

¹⁷¹ Sobre esta figura, vid. DOMÉNECH PASCUAL (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 497-511; ESCUIN PALOP (2012), *La conversión de los actos administrativos: dogmática y realidad*, Civitas, Madrid, 2012.

¹⁷² Reflejado, por ejemplo, en los arts. 5.1 y 5.3 de la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial](#).

¹⁷³ Vid., *mutatis mutandis*, las SSTC [29/1989, de 6 de febrero](#), y [45/1994, de 15 de febrero](#); DOMÉNECH PASCUAL (2002, pp. 417, 455-465).

e. *El estado de excepción encierra un serio riesgo de restricciones excesivas*

La interpretación gradualista amplía el conjunto de situaciones en las que es necesario declarar el estado de excepción. Ello tiene, ciertamente, un efecto tuitivo que, en principio, ha de considerarse positivo: el Gobierno sólo podrá adoptar las medidas que la mayoría del Congreso considere apropiadas, tras el correspondiente debate parlamentario. Pero también conlleva un grave riesgo. En un estado de excepción cabe imponer las mismas restricciones admisibles en un estado de alarma (art. 28 LOEAES) y, además, otras mucho más intensas, tales como: la detención de personas (art. 16); la realización de inspecciones y registros domiciliarios (art. 17); la intervención de las comunicaciones (art. 18); la intervención y el control de transportes (art. 19); la suspensión de publicaciones (art. 21); la prohibición de algunas reuniones y manifestaciones (art. 22); la prohibición de huelgas y medidas de conflicto colectivo (art. 23), etc. Ello puede propiciar que el Gobierno «aproveche la ocasión» para solicitar y obtener del Congreso el aval que le permita tomar medidas restrictivas de la libertad que en realidad son excesivas y que no hubiera podido acordar en un estado de alarma. Este riesgo resultará especialmente elevado si concurren circunstancias que dificultan, debilitan o minan la calidad del control previo ejercido por el Congreso, lo cual es relativamente probable que ocurra en una grave pandemia. Nos remitimos a lo señalado anteriormente¹⁷⁴.

f. *Riesgo de desprotección de la vida y la salud*

Una de las grandes diferencias existentes entre los estados de alarma y excepción tiene que ver con su duración. Ni la Constitución ni la LOEAES han querido limitar con exactitud el número de veces que se puede prorrogar el estado de alarma, ni tampoco la duración máxima de sus prórrogas¹⁷⁵. Aquí el único límite es el establecido con carácter indeterminado para todos los estados de emergencia: su duración será la estrictamente indispensable para asegurar el restablecimiento de la normalidad (art. 1.2 LOEAES). En cambio, la Constitución ha establecido un límite temporal bien preciso para el estado de excepción: éste sólo puede durar un máximo de treinta días y ser prorrogado una única vez por otro plazo igual (arts. 116.3 CE y 15.3 LOEAES).

Con este umbral infranqueable, la Constitución ha querido limitar el riesgo de que el Gobierno incurra en excesos o arbitrariedades al imponer restricciones de derechos de una extraordinaria intensidad, sin sujeción al control de los Tribunales ordinarios y sin necesidad de respetar garantías básicas de los derechos de los ciudadanos (v. gr., ciertas reglas de procedimiento). Cabe razonablemente estimar que: (i) sesenta días son suficientes para resolver la gran mayoría de las graves crisis de orden público para las que el estado de excepción estaba pensado y configurado por los constituyentes y los artífices de la LOEAES; y (ii) que suspender derechos fundamentales por más de sesenta días para resolver este tipo de crisis resulta inaceptable.

La Constitución tenía al menos dos buenas razones para hacer aquí una diferencia y permitir que el estado de alarma pudiera alargarse más allá de esos sesenta días. La primera es que el riesgo de abusos y arbitrariedades gubernamentales seguramente resulta, *ceteris paribus*, más elevado

¹⁷⁴ *Supra*, 4.7.c).

¹⁷⁵ En el mismo sentido, vid. ÁLVAREZ GARCÍA, ARIAS APARICIO y HERNÁNDEZ DÍEZ (2020, p. 78); y, más extensamente, DOMÉNECH PASCUAL (2020b), [«La discutible prórroga del estado de alarma»](#), *Almacén de Derecho*, 17 de mayo de 2020. En contra, ARAGÓN REYES (2020a, pp. 3 y 4); CUENCA MIRANDA (2021, p. 18).

en el estado de excepción que en el de alarma. De un lado, porque las potestades que el Gobierno puede ejercer son mucho más amplias, incisivas y peligrosas en el primero que en el segundo. De otro lado, porque, transcurrido aquel plazo, las garantías dirigidas a prevenir dicho riesgo son idénticas en ambos casos: si el Gobierno pretende prolongar el estado de alarma más allá de quince (y, por tanto, también más allá de sesenta) días, deberá contar igualmente con la autorización previa del Congreso. La segunda razón es que, a la vista de la experiencia, resulta altamente probable que las crisis para cuya resolución está pensado el estado de alarma («catástrofes naturales o tecnológicas») y, por ende, la necesidad de los poderes gubernamentales extraordinarios asociados a éste duren más de dos meses. Las epidemias (piénsese en la gripe española y la COVID-19) y los accidentes nucleares graves constituyen claros ejemplos¹⁷⁶.

Pues bien, al interpretar extensivamente el concepto de suspensión y, con ello, forzar la aplicación del estado de excepción en casos para los que éste no está constitucional ni legislativamente diseñado, la [STC 148/2021](#) sienta una doctrina que puede tener consecuencias nefastas en futuras «catástrofes naturales o tecnológicas». A menos que se reforme la Constitución en este punto (suceso altamente improbable), dicha doctrina impedirá que, en estas situaciones críticas, el Gobierno adopte excepcionalmente medidas que supongan una restricción de derechos generalizada, de altísima intensidad y de duración superior a sesenta días, aun cuando éstas sean adecuadas, necesarias y proporcionadas para proteger derechos o intereses de capital importancia, como la vida de las personas. Según advierte el Magistrado XIOL RÍOS en su voto particular (§ 47), «esta concepción supone dejar al Gobierno inerte ante situaciones de emergencia que [tengan] una duración superior a sesenta días y [exijan] adoptar medidas que [conlleven] intensas limitaciones de derechos fundamentales».

Este serio problema práctico no ha sido abordado por la [STC 148/2021](#), que aquí guarda un llamativo silencio, pero sí por algunos de los autores que han salido en su defensa. ARAGÓN REYES, por ejemplo, estima que «el hecho de que el estado de excepción sólo pueda declararse por un máximo de 30 días y prorrogarse una sola vez por otros 30, no impide que, si pasado ese plazo máximo la situación continúa, pueda declararse un nuevo estado de excepción. Lo contrario supondría una interpretación absurda que dejaría al Estado inerte para seguir actuando si el supuesto de hecho persiste»¹⁷⁷.

Esta «tortuosa interpretación» con la que se intenta «esquivar» el art. 116.3 CE¹⁷⁸ es inaceptable. En primer lugar, porque contraviene claramente el tenor literal y el espíritu de los arts. 116.3 CE y 15.3 LOEAES. Este último precepto dispone que «si persistieran las circunstancias que dieron lugar a la declaración del estado de excepción, el Gobierno podrá solicitar del Congreso de los Diputados la prórroga de aquél, que no podrá exceder de treinta días». Es decir, «si la situación continua», lo que la LOEAES permite hacer al Gobierno no es declarar un «nuevo» estado de excepción, sino solicitar del Congreso su prórroga. Además, la interpretación propuesta por ARAGÓN REYES contraviene palmariamente el sentido del art. 116.3 CE, en tanto en cuanto la vacía de cualquier efecto práctico. Es evidente que la finalidad de este precepto es limitar de manera

¹⁷⁶ En sentido similar, vid. el voto particular (§ 11) de XIOL RÍOS a la [STC 148/2021](#).

¹⁷⁷ ARAGÓN REYES (2021), «[El Tribunal Constitucional cumplió con la sentencia sobre el estado de alarma](#)», *El País*, 4 de agosto de 2021. Esta solución ya había sido defendida en general (no en consideración específica a una situación de epidemia grave) por CRUZ VILLALÓN (1984), *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, p. 91.

¹⁷⁸ En palabras de OLLERO TASSARA, en su voto particular (§ 3) a la [STC 148/2021](#).

precisa, mediante un umbral exacto e infranqueable, el periodo de tiempo durante el cual el Gobierno, con la autorización del Congreso, puede, excepcionalmente, restringir de manera extraordinariamente intensa e incluso suspender derechos fundamentales. Si aceptáramos la interpretación de ARAGÓN REYES, ese límite temporal desaparecería *de facto*. El Gobierno y el Congreso podrían extender dicho periodo más allá de sesenta días. Obsérvese, además, que la declaración de un estado de alarma y su prórroga (i) producen los mismos efectos jurídicos, con la única salvedad de que la prórroga no puede ser prorrogada, y (ii) están sujetas a «los mismos requisitos» (art. 116.3 CE). *Ergo* son lo mismo, *de iure* y *de facto*, al margen de que su nombre difiera. El Gobierno incurriría en un evidente fraude si, con la autorización del Congreso, estableciera lo que, a todos los efectos, no es otra cosa que una nueva prórroga de un estado de excepción utilizando simplemente la triquiñuela de llamarla «nuevo estado de excepción». Como en otros tantos casos, la naturaleza jurídica de los actos jurídicos, especialmente en el ámbito público, no depende de cómo los denominen sus autores, sino de su contenido y efectos.

En segundo lugar, ARAGÓN REYES nos presenta el problema como si fuera un dilema interpretativo en el que sólo hay dos alternativas posibles: o bien el Gobierno y el Congreso contravienen el art. 116.3 CE para seguir protegiéndonos con medidas proporcionadas en una situación crítica, o bien respetan el art. 116.3 CE a costa de dejarnos desprotegidos. Planteado así el problema, cualquier persona sensata escogería la primera opción, que es el mal menor. Mejor ignorar la Constitución que dejar que la gente muera.

La pega de ese razonamiento es que hay una tercera alternativa. Sólidos argumentos apoyan la tesis de que las medidas enjuiciadas no constituyen una suspensión a los efectos del art. 55.1 CE y, por lo tanto, sí pueden ser válidamente adoptadas en un estado de alarma, que puede prolongarse más de dos meses. Esta interpretación literal, originalista, sistemática, realista y pragmática del término suspensión permite eludir los dos males a los que nos enfrenta, ineluctablemente, la doctrina sentada por la [STC 148/2021](#). Esta tercera alternativa, al igual que la postulada por ARAGÓN REYES, permite que el Gobierno, previa autorización del Congreso, imponga medidas que restringen derechos de manera muy intensa, generalizada y proporcionada durante más de sesenta días, con el objeto de proteger a los ciudadanos en ciertas situaciones críticas. Y esta interpretación, a diferencia de la de ARAGÓN REYES, nos ahorra el espectáculo de que el Gobierno, el Congreso y, en su caso, los Tribunales se vean forzados a contravenir un tajante mandato constitucional, con el notable perjuicio que una contravención tal implica para la seguridad jurídica y la credibilidad de los poderes públicos.

g. ¿Necesidad constitucional de gestionar de manera centralizada crisis sanitarias graves?

La doctrina sentada por la [STC 148/2021](#) implica que, mientras el Tribunal Constitucional no la rectifique o no se reforme la Constitución, las crisis sanitarias para cuya resolución haga falta tomar medidas que restringen derechos «de manera generalizada y con una altísima intensidad» deberán ser gestionadas centralizadamente, de modo conjunto por el Gobierno de España y el Congreso de los Diputados, a través de un estado de excepción o, en su caso, de sitio.

Este problema será tanto más grave cuanto más extensivamente se interprete la expresión «restricción generalizada y de altísima intensidad», que define el concepto de suspensión de derechos. Y la enorme indeterminación de esta expresión propiciará que, en caso de duda, el

Gobierno recurra al estado de excepción¹⁷⁹, aun en los casos en los que lo más apropiado y eficiente sería afrontar la crisis de manera descentralizada, con los instrumentos previstos en la legislación sanitaria –esperemos que adecuadamente remozada–.

Más arriba hemos expuesto las razones por las que cabe sostener que este modelo centralizado no es o no tiene por qué ser necesariamente siempre el más adecuado para gestionar una crisis sanitaria grave en un estado descentralizado como el español, en el que las competencias sanitarias ordinarias, así como los conocimientos, experiencia y recursos asociados a ellas, están en manos de las Comunidades autónomas desde hace décadas¹⁸⁰. Añadamos ahora algunas observaciones.

TAJADURA TEJADA (2021, p. 150) denuncia que la gestión descentralizada de la pandemia ha generado «un escenario de arbitrariedad –incompatible con el Estado de Derecho– en el que, en muchas ocasiones, Comunidades Autónomas con situación sanitaria y epidemiológica mejor que otras han establecido limitaciones de derechos más estrictas que las vigentes en otras con peor situación»¹⁸¹.

En nuestra opinión, la diversidad de estas medidas, fruto inevitable de la descentralización del poder de acordarlas, no es intrínsecamente negativa ni positiva. Depende. Es posible que algunas divergencias estén justificadas en atención a que las circunstancias son diferentes en distintas Comunidades. Y, en este punto, hay que resaltar que los «sanitarios y epidemiológicos» no son los únicos datos relevantes para determinar qué medidas conviene adoptar. También hay que ponderar otros factores, tales como, por ejemplo, el coste de las medidas en cuestión o las preferencias de los ciudadanos, que pueden variar mucho en función del tejido económico y social de cada territorio. No es lo mismo cerrar establecimientos hoteleros en Soria que hacerlo en Mallorca. Otras divergencias, en cambio, deben valorarse negativamente, por cuanto son fruto de la descoordinación, los errores cometidos por algunas autoridades al examinar los hechos, sus sesgos, etc. Para evaluar la diversidad resultante de la descentralización habrá que ver, pues, si las divergencias positivas compensan o no las negativas.

Por otra parte, también la centralización genera un riesgo análogo: el de la «uniformidad arbitraria». La autoridad central tenderá seguramente a establecer las mismas medidas para todo el territorio nacional, aun cuando las circunstancias sanitarias, epidemiológicas, económicas y sociales sean muy distintas en sus distintas partes. No olvidemos que las disposiciones que más gravemente han limitado nuestra libertad durante la pandemia se establecieron y aplicaron, durante el primer estado de alarma, de manera estrictamente uniforme en todo el Estado, sin tener en cuenta que había enormes diferencias territoriales en cuanto a la incidencia del virus y otros factores relevantes. No es ni mucho menos descartable que millones de españoles, que vivían en zonas donde el riesgo de contagio era muy bajo, sufrieran como consecuencia de esa uniformidad restricciones injustificadas por excesivas.

La uniformidad tiene un lado positivo, por cuanto evita las divergencias indeseables que generaría la descentralización, pero también un lado negativo. La uniformidad puede obedecer a que la autoridad central no ha sido capaz de ver o, por cualquier motivo, no ha ponderado

¹⁷⁹ *Supra*, 4.7.a.

¹⁸⁰ *Supra*, 3.2.d, 3.5 y 3.9.

¹⁸¹ TAJADURA TEJADA (2021, p. 150).

debidamente que las situaciones diferían en distintas partes del territorio y requerían un tratamiento diferente. La uniformidad impide comparar los resultados de distintas regulaciones y obtener información valiosa acerca de cuáles son preferibles. Además, la autoridad central también puede cometer errores o incurrir en sesgos al decidir, etc.

No podemos analizar aquí todas las ventajas y desventajas prácticas de la descentralización (y su corolario, la diversidad regulatoria) frente a la centralización (y la uniformidad) en la gestión de epidemias, así como las variables de las que dependen unas y otras. Parece claro, en cualquier caso, que el grado óptimo de descentralización estará en función de si y en qué medida las autoridades territoriales estén mejor o peor situadas que la central para establecer las regulaciones consideradas en cada caso.

h. La desactivación del concepto de suspensión

DÍAZ REVORIO achaca a la interpretación cualitativa del concepto de suspensión que la misma conduciría «ineludiblemente a la “desactivación”» de esta categoría constitucional¹⁸². Si aceptáramos tal tesis, la suspensión «sería prácticamente un imposible [y] la previsión constitucional del artículo 55.1 carecería de sentido»; «esta tesis desdibuja tanto la categoría de la suspensión de derechos que la hace prácticamente inútil, innecesaria, o vacía de contenido»¹⁸³. La consecuencia de esta «desactivación» sería que «medidas que pueden afectar al contenido esencial de un derecho, o que lo desfiguran hasta el punto de no hacerlo reconocible» podrían adoptarse sin cumplir los «procedimientos y garantías necesarios para la suspensión»¹⁸⁴.

Coincidimos con este autor en que la tesis cualitativa del concepto de suspensión conduce a una cierta irrelevancia práctica o «desactivación» de esta categoría. En primer lugar, porque es difícil imaginar que bajo cualquiera de los estados de emergencia previstos en el art. 116 CE el Gobierno adopte medidas que supriman total y absolutamente derechos constitucionales. En segundo lugar, resulta complicado que una supresión tal pueda superar el test de proporcionalidad que, según ha declarado TEDH, también hay que aplicar en situaciones de emergencia¹⁸⁵. En tercer lugar, una supresión total vulneraría seguramente los artículos de la LOEAES que regulan las medidas que cabe acordar en los estados de excepción y sitio, pues estos preceptos no permiten al Gobierno eliminar enteramente todas las garantías y facultades que forman parte del contenido del derecho en cuestión.

Sin embargo, no nos parece que esta «desactivación» resulte constitucionalmente problemática. Al contrario, estimamos que merece un juicio positivo, en atención a las consecuencias que de ella se derivan para la satisfacción real y efectiva de los principios constitucionales en juego.

El art. 55.1 CE contempla la posibilidad de que ciertos derechos sean suspendidos –en el sentido de la referida tesis cualitativa– en los estados de excepción y sitio, pero no garantiza esa posibilidad. No obliga al legislador orgánico a otorgar al Gobierno el poder de derogar totalmente esos derechos en tales estados. La LOEAES puede encauzar, atenuar, limitar, graduar e incluso

¹⁸² DÍAZ REVORIO (2021, p. 11).

¹⁸³ DÍAZ REVORIO (2021, pp. 24 y 25).

¹⁸⁴ DÍAZ REVORIO (2021, pp. 41 y 25).

¹⁸⁵ Vid. *supra*, 4.6.

eliminar ese poder suspensivo, en atención al principio de proporcionalidad. Y eso es lo que ha hecho la LOEAES, que seguramente estimó que no estaba justificado otorgar dicho poder al Gobierno para afrontar las situaciones extraordinarias correspondientes. Si bien la Constitución permite llegar hasta la eliminación transitoria total de ciertos derechos, la LOEAES ha preferido que sólo se les pueda inferir un sacrificio menor¹⁸⁶. Ha sido la LOEAES la que ha «desactivado» el concepto constitucional de suspensión, así entendido.

No es la primera vez que pasa algo similar. Por ejemplo, el art. 15 CE contempla la posibilidad de que las leyes militares prevean la pena de muerte para tiempos de guerra, pero no obliga a ello. El legislador puede, por lo tanto, desactivar esa posibilidad. Y eso es lo que hizo la [Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra](#).

En los epígrafes anteriores hemos analizado las consecuencias que, para la satisfacción de los principios constitucionales implicados, se desprenden de la tesis cualitativa (y también de la gradualista) y, por lo tanto, también de la desactivación (o no desactivación) del concepto de suspensión de derechos. Creemos haber puesto de manifiesto que aquí las ventajas de la tesis cualitativa –y de su corolario, la referida desactivación– superan ampliamente a sus desventajas. Esta tesis nos ahorra enormes incertidumbres interpretativas y el grave riesgo de que se cometan errores en la elección del instrumento jurídico pertinente. Y, sobre todo, permite proteger de una manera más apropiada todos los derechos e intereses constitucionalmente legítimos afectados.

A las razones ya expuestas añadimos ahora otra. La referida desactivación del poder suspensivo efectuada por la LOEAES refuerza una idea que no está muy clara ni en la doctrina española ni en la [STC 148/2021](#)¹⁸⁷: la de que las medidas restrictivas de derechos que el Gobierno puede adoptar en los estados de emergencia, también en los de excepción y sitio, deben respetar sustancialmente los mismos dos grandes límites aplicables a todas las medidas restrictivas de derechos, hayan sido tomadas en esos estados o fuera de ellos: los principios de legalidad y proporcionalidad.

Recordemos que éste es también el resultado que se ha impuesto en la práctica del Derecho internacional y, en particular, en la jurisprudencia del TEDH. También aquí el concepto de suspensión ha sido desactivado; se ha vuelto irrelevante y prescindible. A efectos prácticos, no hay diferencia sustancial entre suspender un derecho y restringirlo. En ambos casos, el Estado debe respetar los principios de legalidad y proporcionalidad¹⁸⁸. Tomemos nota.

5. Conclusiones

En este trabajo analizamos las dos cuestiones jurídico-constitucionales más relevantes y controvertidas que en España ha suscitado la gestión de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19: las de si las Comunidades autónomas pueden adoptar disposiciones generales restrictivas de derechos al amparo de la legislación sanitaria, y si las medidas restrictivas de

¹⁸⁶ Así lo han advertido REQUEJO RODRÍGUEZ (2018, pp. 1523 y 1528) y VELASCO CABALLERO (2020a, p. 90).

¹⁸⁷ Como advierte TERUEL LOZANO (2021a), [«Derecho de excepción: el incompleto y confuso manual de instrucciones ofrecido por el Constitucional»](#), *Hay Derecho*, 20 de julio de 2021.

¹⁸⁸ *Supra*, 4.6.

derechos impuestos por el Gobierno en marzo de 2020 podían acordarse válidamente en un estado de alarma o, por el contrario, requerían la declaración del estado de excepción.

En el trabajo exponemos las razones por las cuales hay que responder afirmativamente a ambas cuestiones, desde una visión pragmática del Derecho, atenta sobre todo a las consecuencias prácticas que para todos los derechos e intereses constitucionalmente legítimos se derivan de las distintas interpretaciones en liza. Una visión que confiere también una gran importancia al tenor literal de los preceptos aplicables, a sus antecedentes parlamentarios, contexto, espíritu y finalidad y a la realidad social del tiempo en el que dichos preceptos han de ser aplicados, en la medida en que ignorar estos criterios interpretativos puede tener consecuencias prácticas indeseables.

En el trabajo también analizamos críticamente los argumentos que se han dado en sentido contrario desde una perspectiva dogmática, basada en ideas preconcebidas o tópicos afirmados de manera inflexible, apodíctica o incluso circular. Una perspectiva formalista y poco atenta a la realidad, que tiende a desconocer no sólo las consecuencias prácticas que pueden desprenderse de las posibles interpretaciones, sino a veces también el tenor literal de los preceptos jurídicos aplicables, sus antecedentes, contexto, espíritu y finalidad.

La referida manera pragmática de ver y resolver problemas jurídicos como el analizado en este trabajo tiene al menos tres grandes ventajas sobre un enfoque dogmático. La primera es que es más respetuosa con los criterios establecidos en nuestro Derecho positivo (art. 3 del Código civil), con arreglo a los cuales hay que interpretar las normas jurídicas.

La segunda es que el método pragmático tiende a engendrar interpretaciones y soluciones jurídicas que producen mejores resultados prácticos, que satisfacen en mayor medida el conjunto de los derechos e intereses legítimos afectados. Es razonable pensar que cuanto más rigurosamente analice un intérprete –supongamos que benevolente– los resultados prácticos esperables de cada una de las posibles interpretaciones de un precepto legal y más los tenga en cuenta a la hora de escoger una de ellas, más probable será que la seleccionada maximice efectivamente la satisfacción de aquellos derechos e intereses. Cuanto más se ignoren los posibles efectos reales de interpretar de una manera u otra la ley y menos se tengan en consideración éstos, mayor será el riesgo de hacer interpretaciones y, a la postre, tomar decisiones de consecuencias prácticas perjudiciales para el conjunto de las personas concernidas.

En tercer lugar, el método pragmático es menos manipulable. Ningún criterio interpretativo permite evidenciar siempre, con absoluta certeza y pleno poder de convicción para todas las personas, cuál es la solución correcta de un problema jurídico. Tampoco ninguno es inmune a las influencias indeseables que sobre los intérpretes y sus interpretaciones pueden ejercer diversos factores: su ideología política, sus intereses crematísticos, las presiones sociales, diversos sesgos psicológicos, etc. Sin embargo, ello no significa que todos los métodos sean equivalentes a este respecto. Cabe pensar que los resultados del método pragmático son tendencialmente menos influenciados por esos factores que los del método dogmático. La explicación es sencilla. En el primer caso, la realidad y el conocimiento empírico juegan un papel decisivo en la actividad interpretativa. Las normas se interpretan teniendo en cuenta, sobre todo, qué efectos reales observables pueden tener en la práctica las alternativas interpretativas consideradas. Y la realidad es, ciertamente, manipulable, pero seguramente menos que las ideas preconcebidas, las afirmaciones apodícticas, las apelaciones a la intuición, los razonamientos circulares y los

apriorismos característicos del método dogmático. Para éste no hay prácticamente nada imposible.

6. Bibliografía

Hugo A. ACCIARRI y Fernando TOHMÉ (2010), *Redundancy of legal rules*, disponible en <https://lawcat.berkeley.edu/record/512727>.

César AGUADO RENEDO (2021), «Gobierno y Parlamento en la emergencia sanitaria», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, Francisco VELASCO y Beatriz GREGORACI (coords.), t. I, pp. 47-60.

Jean-François AKANDJI-KOMBE (2007), *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg.

Benito ALÁEZ CORRAL (2004), «El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales», en Luis LÓPEZ GUERRA y Eduardo ESPÍN TEMPLADO (coords.), *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 233-246.

Juan Manuel ALEGRE ÁVILA (2018), «Las competencias concurrentes sobre cultura», en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y María Emilia CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, BOE, Madrid, t. II, pp. 1499-1507.

Juan Manuel ALEGRE ÁVILA y Ana SÁNCHEZ LAMELAS (2020), «Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica», 13 de marzo de 2020, disponible en <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-la-crisis-sanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx>.

María Victoria ÁLVAREZ BUJÁN (2021), «A propósito del estado de alarma decretado en España por causa del Covid-19: el olvido del principio de proporcionalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, 119, pp. 209-248.

Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA (2020), «Estado de alarma o de excepción», *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, pp. 1-20.

Vicente ÁLVAREZ GARCÍA (2020), «La devolución competencial a las comunidades autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de Covid-19», *Revista General de Derecho Administrativo*, 55.

Vicente ÁLVAREZ GARCÍA (2021a), *2020, el año de la pandemia de la COVID-19 (estudios jurídicos)*, Iustel, Madrid.

Vicente ÁLVAREZ GARCÍA (2021b), «Los errores de diseño del Derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura», *Diario del Derecho*, 4 de octubre de 2021.

Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, Flor ARIAS APARICIO y Enrique HERNÁNDEZ DÍEZ (2020), *Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia*, Iustel, Madrid.

Carlos Alberto AMOEDO SOUTO (2020), «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 66-77.

Manuel ARAGÓN REYES (2020a), «Epílogo», en P. BIGLINO CAMPOS y F. DURÁN ALBA (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza.

Manuel ARAGÓN REYES (2020b), [«Hay que tomarse la Constitución en serio»](#), *El País*, 9 de abril de 2020.

Manuel ARAGÓN REYES (2020c), «COVID-19: Aproximación constitucional a una crisis», *Revista General de Derecho Constitucional*, 32.

Manuel ARAGÓN REYES (2021), [«El Tribunal Constitucional cumplió con la sentencia sobre el estado de alarma»](#), *El País*, 4 de agosto de 2021.

Antonio ARROYO GIL (2021), «El derecho a circular libremente en tiempos de pandemia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, Francisco VELASCO y Beatriz GREGORACI (coords.), t. I, pp. 87-106.

Mariano BACIGALUPO (2020), [«A vueltas con la licitud del confinamiento»](#), *Infolibre*, 15 de abril de 2020.

José María BAÑO LEÓN (1991), *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, 1991, Civitas, Madrid.

José María BAÑO LEÓN (2020), [«Confusión regulatoria en la crisis sanitaria»](#), *Almacén de Derecho*, 29 de octubre de 2020, luego publicado en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 209, 2020, pp. 11-22.

Javier BARCELONA LLOP (2007), «Obligaciones positivas del Estado inherentes a la garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 30, pp. 11-52.

Francisco J. BASTIDA FREIJEDO (2020), [«La cuarentena de los derechos»](#), *La Nueva España*, 5 de abril de 2020.

Miguel Ángel BLANES CLIMENT (2020), «La incidencia del COVID-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas», *Revista Española de la Transparencia*, 11, pp. 13-20.

Ángel CALDERÓN CEREZO (2021), «Derecho constitucional de excepción y estado de alarma», *Diario La Ley*, 9789, 20 de enero de 2021.

Josefa CANTERO MARTÍNEZ (2021), «La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 210, pp. 79-124.

Marc CARRILLO (2020), [«Los derechos en tiempo de pandemia»](#), *Al Revés y al Derecho*, 17 de mayo de 2020.

Encarnación CARMONA CUENCA (2020), «Los derechos fundamentales en el Estado de alarma. La crisis sanitaria de la COVID19 en España», en BARCELÓ et al. (coords.), *COVID19 y parlamentarismo*, UNAM, México, pp. 221-237.

Enrique CEBRIÁN ZAZURCA (2021), «Pandemia y elecciones. El derecho de sufragio en España bajo las circunstancias excepcionales ocasionadas por la COVID-19», en Carlos GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Antonio CIDONCHA MARTÍN (2020), «Coronavirus y libertad de empresa», en P. BIGLINO CAMPOS y F. DURÁN ALBA (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza.

César CIERCO SEIRA (2020), «Derecho de la salud pública y COVID-19», en David BLANQUER (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 25-78.

Lorenzo COTINO HUESO (2020), «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», *Diario la Ley*, 9608, 30 de marzo de 2020.

Lorenzo COTINO HUESO (2021), «La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid», en C. GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Pedro CRUZ VILLALÓN (1984), *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid.

Alfonso CUENCA MIRANDA (2021), «Análisis crítico de un estado de alarma excepcional: la covid-19 y el derecho de excepción», en Carlos GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Susana DE LA SIERRA (2020), [«Actualicemos el marco jurídico de las crisis sanitarias»](#), *Agenda Pública*, 16 de julio de 2020.

Federico DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN (2021), *Mentiras, pandemia y Estado de derechos*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid.

Ignacio DE OTTO (1995), *Derecho constitucional*, Ariel, Barcelona.

Francisco Javier DÍAZ REVORIO (2020), [«A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales»](#), *Almacén de Derecho*, 9 de abril de 2020.

Francisco Javier DÍAZ REVORIO (2021), «Desactivando conceptos constitucionales: la suspensión de derechos y los estados excepcionales», en Carlos GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2006), *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, CEPC, Madrid.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2020a), [«Derecho público del coronavirus \(I\). Competencia autonómica para adoptar medidas de contención»](#), *Almacén de Derecho*, 14 de marzo de 2020.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2020b), [«La discutible prórroga del estado de alarma»](#), *Almacén de Derecho*, 17 de mayo de 2020.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2020c), [«Comunidades autónomas, derechos fundamentales y covid-19»](#), *Almacén de Derecho*, 21 de julio de 2020.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2021a), [«Estado de alarma o de excepción: ¿Qué nos estamos jugando?»](#), *Almacén de Derecho*, 12 de julio de 2021.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2021b), [«La conversión del estado de alarma en un estado de excepción»](#), *Almacén de Derecho*, 22 de julio de 2021.

Guillermo ENRÍQUEZ MALAVÉ (2020), «Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», *Diario La Ley*, 9620, 24 de abril de 2020.

Guillermo ESCOBAR ROCA (2021), «Los derechos humanos en estados excepcionales y el concepto de suspensión de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, 110, pp. 113-152.

Vicente ESCUIN PALOP (2012), *La conversión de los actos administrativos: dogmática y realidad*, Civitas, Madrid.

Joaquín SARRIÓN ESTEVE (2020), «Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», en Elena ATIENZA y Juan Francisco RODRÍGUEZ (dirs.), *La respuesta del Derecho a las crisis de salud pública*, Dykinson, Madrid, pp. 29-46.

Pablo FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO (2020), «Desafíos constitucionales ante el coronavirus», en Gabriela COBO DEL ROSAL (dir.), *Derechos fundamentales en estado de alarma: una aproximación multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, pp. 143-169.

Pablo FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO (2021a), «Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, 119, pp. 59-99.

Pablo FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO (2021b), «La crisis de los controladores aéreos y la COVID-19 como emergencias constitucionales insuficientemente regladas. Propuestas de *lege ferenda* para el estado de alarma», en Carlos GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ (2020), «Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el Estado de Alarma y los excesos normativos», *Diario La Ley*, 9641, 27 de mayo de 2020.

José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020), *Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia del COVID-19*, Documento de Opinión IEEE 43/2020.

Ángel FERNÁNDEZ SILVA (2021), «La restricción de los derechos fundamentales durante la crisis sanitaria en España», en Andrés Iván DUEÑAS CASTRILLO et al. (coords.), *La Constitución en tiempos de pandemia*, Dykinson, Madrid, pp. 119-134.

Mercedes FUERTES LÓPEZ (2020), [«Estado de excepción, no de alarma»](#), *El Mundo*, 20 de abril de 2020.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ (2020), «Actividad y funcionamiento de las Cortes Generales durante el estado de alarma por COVID-19», en TUDELA ARANDA (ed.), *El Parlamento ante la COVID-19*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 18-27.

Carlos GARRIDO LÓPEZ (2020), «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», *Teoría y Realidad Constitucional*, 46, pp. 371-402.

John M. GOLDEN (2016), «Redundancy: When the Law Repeats Itself», *Texas Law Review*, 94, pp. 629-711.

Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ (2021), «¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales», en Carlos GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Susan HAACK (2005), «On Legal Pragmatism: Where Does the Path of the Law Lead Us?», *American Journal of Jurisprudence*, 50, pp. 71-105.

Alejandro HUERGO LORA (2021), «Fuentes del Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, Francisco VELASCO y Beatriz GREGORACI (coords.), t. I, pp. 173-187.

Joan David JANER TORRENS (2020), «La aplicación de la cláusula derogatoria del Convenio Europeo de Derechos Humanos con motivo de la crisis sanitaria derivada del COVID19», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 40.

Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (2020), «La respuesta a la pandemia del Covid19 y el estado de las autonomías», *Eunomía*, 19, pp. 127-153.

Guillermo LEIVA ESCUDERO (2020), «Constitucionalidad de las restricciones a la libertad de circulación en el estado de alarma por el coronavirus Covid-19», *Diario La Ley*, 9642, 28 de mayo de 2020.

Diego LÓPEZ GARRIDO (2020), [«Un estado de excepción sería inconstitucional»](#), *Eldiario.es*, 11 de abril de 2020.

Antonio MARTÍNEZ NIETO (2020), «Coronavirus, tráfico y movilidad. Suspensión del derecho a la libre circulación por la alarma del Covid-19 y posibles lecciones del post-coronavirus para el futuro de movilidad», *Diario La Ley*, 9610, 8 de abril de 2020.

Alastair MOWBRAY (2010), «A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, 10-2, pp. 289-317.

Alastair MOWBRAY (2004), *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart, Oxford.

Santiago MUÑOZ MACHADO (2020), «El poder y la peste de 2020», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 90-91, pp. 114-131.

Alba NOGUEIRA LÓPEZ (2020a), «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 22-31.

Alba NOGUEIRA LÓPEZ (2020b), [«El confinamiento no necesita el estado de alarma»](#), *El País*, 13 de julio de 2020.

Álvaro NÚÑEZ VAQUERO (2014), «Dogmática jurídica», *Eunomía*, 6, pp. 245-260.

Miguel PASQUAU LIAÑO (2021), [«La “alarma”, la “excepción” y la “autoridad”»](#), *CTXT. Contexto y Acción*, 20 de julio de 2021.

Richard A. POSNER (2003), *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge.

Miguel PRESNO LINERA (2020), «Teoría y práctica de los derechos fundamentales en tiempos de COVID-19», *Revista Administración & Ciudadanía*, 15:2, pp. 331-358.

Manuel REBOLLO PUIG (1999), «La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, 54, pp. 247-282.

Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ (2018), «Artículo 55», en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y María Emilia CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, BOE, Madrid, t. I, pp. 1521-1543.

Joan RIDAO (2021a), «La pugna sobre la prevalencia del estado de alarma o de los poderes de necesidad de la legislación sanitaria como expresión de las diferencias sobre el estado autonómico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 95.

Joan RIDAO (2021b), [«El Tribunal Constitucional siembra incertidumbre»](#), *El País*, 9 de agosto de 2021.

Pablo RIQUELME VÁZQUEZ (2021), «Elecciones en tiempos de pandemia: la experiencia de las Comunidades Autónomas de Galicia y el País Vasco», en DUEÑAS ET AL. (coords.), *La Constitución en tiempos de pandemia*, Dykinson, Madrid, pp. 135-156.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Sistema de fuentes del Derecho administrativo», en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, t. I.

Ricardo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2020), «Estado de alarma o estado de excepción?», *Diario La Ley*, 9621, 27 de abril de 2020.

David RODRÍGUEZ FIDALGO (2021), [«Del estado de alarma al control judicial del Derecho de necesidad frente a la pandemia»](#), *Almacén de Derecho*, 2021.

Francisco RUBIO LLORENTE (1993), *La forma del poder*, CEC, Madrid.

Carlos RUIZ MIGUEL (2020), «Crisis del Coronavirus y crisis del Estado constitucional español», *Diario La Ley*, 9656, 18 de junio de 2020.

Agustín RUIZ ROBLEDO (2021), «Problemas constitucionales del estado de alarma por la COVID-19 en España», *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, 23:38 (2019), pp. 83-104.

Eva SÁENZ ROYO (2020), [«Limitar derechos fundamentales durante la pandemia»](#), *Agenda Pública*, 14 de julio de 2020

Eva SÁENZ ROYO (2021), [«La incapacidad del Congreso en la pandemia»](#), *Agenda Pública*, 1 de febrero de 2021.

Laura SALAMERO TEIXIDÓ (2016), «Derechos individuales frente a salud pública en la protección ante enfermedades contagiosas: propuestas de mejora del marco regulatorio vigente», *Gaceta Sanitaria*, 30 (S1), pp. 69-73.

Laura SALAMERO TEIXIDÓ (2018), «La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones de riesgo e incertidumbre», en BLANC y CIERCO (coords.), *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Aranzadi, Cizur Menor.

Laura SALAMERO TEIXIDÓ (2020), «Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19», *Diario La Ley*, 9638, 22 de mayo de 2020.

Óscar SÁNCHEZ MUÑOZ (2020), «El Derecho de sufragio en tiempos de pandemia», en P. BIGLINO CAMPOS y F. DURÁN ALBA (eds.), *Los efectos horizontales COVID sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

SANTAMARÍA PASTOR (2020), «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempo de crisis», en David BLANQUER (coord.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 207-239.

Joaquín SARRIÓN ESTEVE (2020), «La competencia de las autoridades sanitarias para restringir derechos en situación de crisis sanitaria», *Gaceta Sanitaria*, publicado *on line* el 15 de septiembre de 2020.

Sara SIEIRA MUCIENTES (2020), «Estado de alarma», *Eunomía*, 19, pp. 275-305.

Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2020), «Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma», en P. BIGLINO CAMPOS y F. DURÁN ALBA (eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza.

Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2021), «El estado de alarma y del Derecho de crisis en nuestro sistema constitucional», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número Extraordinario. Derecho y Política ante la Pandemia: Reacciones y Transformaciones*, Francisco VELASCO y Beatriz GREGORACI (coords.), t. I, pp. 17-29.

Javier TAJADURA TEJADA (2021), «El estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales», *Revista Vasca de Administración Pública*, 120, pp. 137-175.

Julio TEJEDOR BIELSA (2021), [«De volcanes y virus»](#), *El Blog de esPublico*, 8 de octubre de 2021.

Pedro TENORIO SÁNCHEZ (2021), «Cuarenta años de jurisprudencia constitucional en España: derecho a un recurso efectivo en relación con la declaración del estado de alarma como limitadora de derechos fundamentales», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25(1), pp. 195-223.

Germán TERUEL LOZANO (2020), [«Desconcierto jurídico ante el rebrote de la pandemia: pinceladas aclaratorias»](#), *Hay Derecho*, 26 de agosto de 2020.

Germán TERUEL LOZANO (2021a), [«Derecho de excepción: el incompleto y confuso manual de instrucciones ofrecido por el Constitucional»](#), *Hay Derecho*, 20 de julio de 2021.

Germán TERUEL LOZANO (2021b), [«Estado de alarma y derechos fundamentales ante la pandemia de la COVID-19»](#) (disponible en academia.edu).

José TUDELA ARANDA (2021), «Parlamento y estado de alarma», en Carlos GARRIDO LÓPEZ (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

Joaquín URÍAS (2020), [«Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión»](#), *Al Revés y al Derecho*, 14 de abril de 2020.

Francisco VELASCO CABALLERO (2020a), «Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19», en David BLANQUER (dir.), *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 81-133.

Francisco VELASCO CABALLERO (2020b), [«¿Estamos ante una “suspensión” de derechos fundamentales? Más bien no»](#), *Blog de Francisco Velasco*, 5 de abril de 2020.

Francisco VELASCO CABALLERO (2020c), [«Que no, que ni hay suspensión de derechos, ni hace falta un estado de excepción»](#), *Blog de Francisco Velasco*, 11 de abril de 2020.

Francisco VELASCO CABALLERO (2020d), [«Confinamientos autonómicos, el caso de Lleida»](#), *Blog de Francisco Velasco*, 13 de julio de 2020.

Francisco VELASCO CABALLERO (2020e), «Estado de alarma y distribución territorial del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, pp. 78-87.

José Manuel VERA SANTOS (2020), [«Estado de alarma: tarde y mal»](#), *El Independiente*, 19 de marzo de 2020.

Ignacio VILLAVERDE (2020), [«COVID-19: la gran prueba de estrés para los sistemas constitucionales \(y para los constitucionalistas\)»](#), *The Conversation*, 14 de mayo de 2020.

Dimitris XENOS (2011), *The Positive Obligations of the State Under the European Convention of Human Rights*, Routledge, London.

La sustitución de las medidas de investigación requeridas y la suspensión de la ejecución de la orden europea de investigación¹

Sumario

-

El presente trabajo analiza uno de los instrumentos más novedosos en materia probatoria, como es la orden europea de investigación. Este instrumento posibilita la obtención y aseguramiento de un elemento probatorio en un Estado distinto al que emite la orden, que supone un avance respecto al antiguo exhorto europeo de obtención de pruebas, que exigía que la prueba estuviera disponible en el Estado de emisión. Nos centraremos en la fase de reconocimiento y ejecución, por la importancia que tiene en el procedimiento de cooperación. Concretamente, trataremos las causas de sustitución y suspensión de la ejecución.

Abstract

This paper analyses one of the newest instruments in the matters of evidence, the European Investigation Order. This instrument makes it possible to obtain and preservation evidence in a other State than the State issuing the warrant, which is an improvement on the old European Evidence Warrant, which required the evidence to be available in the issuing State. We will focus on the recognition and execution, because of its importance in the cooperation procedure. Specifically, we will deal with the causes of replacement and suspension of execution.

Title: *Some alternatives in the execution of the European Investigation Order*

Palabras clave: Cooperación judicial penal; reconocimiento mutuo; orden europea de investigación; medidas de investigación; prueba penal.

Keywords: *Criminal judicial cooperation; mutual recognition; European Investigation Order; investigation measures; criminal evidence.*

DOI: 10.31009/InDret.2021.i4.11

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco de una estancia de investigación en la Università degli Studi di Torino, financiada por la Fundación Manuel Serra Domínguez, durante el año 2021; por lo que aprovecho para agradecer a los miembros de dicha Universidad su cálida acogida, así como a la Fundación Serra Domínguez el apoyo económico que me ha prestado para la realización de la misma. Igualmente, se enmarca en el Proyecto I+D+i Nacional “Proceso penal y Unión Europea. Análisis y propuestas” (PID2020-116848GB-I00).

Recepción
28/06/2021

-
Aceptación
03/09/2021

Índice

- 1. Consideraciones generales sobre la orden europea de investigación**
- 2. Reconocimiento y ejecución de una orden europea de investigación**
- 3. La sustitución de la medida solicitada como alternativa a la denegación de la cooperación**
 - 3.1. Aspectos generales del mecanismo de sustitución
 - 3.2. Causas de sustitución de una medida de investigación
 - 3.3. Recurso a una medida distinta a la inicialmente propuesta
 - 3.4. La sustitución en otros instrumentos de reconocimiento mutuo
- 4. La suspensión temporal de la ejecución**
- 5. Conclusión**
- 6. Bibliografía**

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



1. Consideraciones generales sobre la orden europea de investigación

El incremento de la criminalidad transnacional y de la delincuencia organizada exige que las autoridades policiales y judiciales cuenten con mecanismos eficaces para la lucha contra aquellas. En el campo de la cooperación judicial penal, hay que destacar que la estructura del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante, ELSJ) requería de una renovación que permitiera dar solución a los problemas que presentaba el sistema tradicional de asistencia judicial. Así se reflexionó sobre la necesidad de sustituirlo por otro mecanismo basado en el principio de reconocimiento mutuo, consolidándose definitivamente en el Consejo de Tampere, donde se trató la aplicación de dicho principio a la obtención probatoria². Este sigue siendo uno de los temas prioritarios, cuyo desarrollo normativo se encuentra en los arts. 82 a 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), donde con fundamento en el principio de reconocimiento mutuo se habilita a las instituciones de la Unión a adoptar medidas sobre materias concretas, entre ellas facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales y sobre la admisibilidad probatoria entre Estados³.

Partiendo del contexto histórico en materia probatoria tenemos que remontarnos al Libro Verde, donde ya se trató este tema⁴. No obstante, la idea de adoptar normas mínimas en materia probatoria fue impulsada en el Programa de Estocolmo (período 2010-2014) donde se fijan las prioridades de la Unión Europea (en adelante, UE) en lo relativo al ELSJ; concretamente se recoge la necesidad de adoptar un nuevo planteamiento que superara el sistema fragmentario que regía para la obtención de pruebas⁵.

Conforme al *iter* trazado por el Programa de Estocolmo, y con origen en el Libro Verde, en el año 2010 siete Estados miembros, entre ellos España, toman la iniciativa de presentar al Parlamento Europeo y al Consejo de la UE una Directiva relativa al Exhorto Europeo de Investigación (en adelante, EEI)⁶. A este primer texto le suceden otros, como fruto de las intensas negociaciones,

² CASANOVA MARTÍ y CERRATO GURÍ, «La emisión de una orden europea de investigación para la obtención de prueba transfronteriza y su introducción en el proceso penal español», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 62, 2019, pp. 197 y ss.

³ ESTÉVEZ MENDOZA, «El traslado temporal de personas privadas de libertad al amparo de la orden europea de investigación: especialidades según la regulación española», en GONZÁLEZ CANO, (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 352.

⁴ Libro Verde COM (2009) 624 final, de 11 de noviembre de 2009 sobre la obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de admisibilidad. Es interesante la intención recogida en dicho Libro Verde, aunque no ha llegado a materializarse, de que este nuevo instrumento «podría incluir normas sobre la prueba electrónica». Igualmente, pone de relieve la idoneidad de establecer «unos principios mínimos para facilitar la admisibilidad mutua de las pruebas entre Estados miembros, incluidas las pruebas científicas». *Vid.* LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, «El principio de reconocimiento mutuo y el principio de proporcionalidad en la orden europea de investigación», en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dir.) *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.ª M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 559 y ss.

⁵ RODRÍGUEZ GARCÍA, «Orden europea de investigación: España como país de emisión», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 475 y ss.

⁶ Iniciativa del Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República de Estonia, el Reino de España, la República de Austria, la República de Eslovenia y el Reino de Suecia con vistas a la adopción de una Directiva

hasta llegar al texto definitivo de la Directiva 2014/41/UE (en adelante, DOEI)⁷. La OEI constituye uno de los grandes logros en el proceso de construcción del Espacio Europeo, aunque no el único pues a lo largo de estas décadas le han precedido otros instrumentos jurídicos de reconocimiento mutuo; todos ellos con la intención de mejorar la cooperación judicial penal y combatir la delincuencia transfronteriza.

La DOEI ha supuesto un hito trascendental en materia de prueba transfronteriza, ya que implicó el tránsito de un sistema fragmentado y complejo basado en la asistencia judicial a un único instrumento de carácter híbrido, basado en el principio de reconocimiento mutuo pero con algunos tintes de la asistencia judicial⁸. Si bien, han quedado algunos flecos pendientes de regular, como son la admisibilidad probatoria y las reglas de exclusión tal como se contempla en el art. 82.2 TFUE. Quizás la razón se deba a que todavía no nos encontramos ante un escenario que permita dicha regulación, debido a que aún son muy fuertes las resistencias de los Estados Miembros (en adelante, EEMM) a ceder parte de su soberanía nacional⁹. No obstante, se está intentando dar un paso más al hilo de la prueba electrónica y que presenta importantes connotaciones respecto al principio de reconocimiento mutuo.

La transposición de la Directiva en el ordenamiento jurídico español se efectúa mediante la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (en adelante, LRMRP), para regular la orden europea de investigación. El legislador español, como es habitual, traspuso la norma expirados los tiempos concedidos para ello, pues la fecha límite máxima era el 22 de mayo de 2017¹⁰.

relativa al exhorto europeo de investigación en materia penal (Documento 9145/2010, de 29 de abril de 2010, publicada en el DOUE 165/22, de 24 de junio de 2010).

⁷ Directiva 2014/41/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril, relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DOUE L 130, de 1 de mayo de 2014).

⁸ Vid. ARANGÜENA FANEGO, «Orden europea de investigación: aspectos generales del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza», en GONZÁLEZ CANO, (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 298 y ss.; «Orden europea de investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 58, 2017, pp. 905 y ss.; FIODOROVA, «Emisión de la orden europea de investigación desde la perspectiva del derecho a solicitarla», en GONZÁLEZ CANO, (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 540; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «La admisibilidad de la prueba obtenida mediante la orden europea de investigación en el proceso penal español», *Revista General de Derecho Procesal*, n° 54, 2020, pp. 51 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, pp. 478 y ss.; RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, 2016, p. 302.

⁹ ARANGÜENA FANEGO, «Orden europea de investigación: recurso a una medida alternativa a la solicitada», en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dirs.) *Nuevos paradigmas de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 479; KOSTORIS, «Orden europea de investigación y derechos fundamentales», en ARANGÜENA FANEGO y DE HOYOS SANCHO (Dirs.) *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 321 y ss.

¹⁰ TINOCO PASTRANA, «La transposición de la orden europea de investigación en materia penal en el ordenamiento jurídico español», *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, pp. 116 y ss.

En cuando a sus características principales, a diferencia del instrumento predecesor, el Exhorto europeo de obtención de pruebas¹¹, el cual se podía emitir para obtener material probatorio ya obrante en el Estado de ejecución, con la Directiva se permite la práctica de verdaderas diligencias de investigación, además de la obtención de pruebas que se encuentren disponibles en el Estado requerido.

Este instrumento de reconocimiento mutuo, junto a otros, comparten algunas características comunes en cuando a la forma de tramitación, como por ejemplo el contacto directo entre autoridades judiciales, se articulan a través de un sistema de formularios¹², la ausencia del doble control de incriminación, etc.

En cuanto al ámbito objetivo de la Directiva, la norma abarca la práctica de cualquier medida de investigación, destacando por tanto su ámbito horizontal; con excepción de algunas excluidas del mismo, como son la creación de los equipos conjuntos de investigación y la obtención probatoria que derive de ellos (art. 186.3 LRMRP), así como el régimen de transmisión de antecedentes penales que también queda fuera del ámbito de aplicación de la OEI (art. 186.4. LRMRP)¹³.

Hemos de destacar que la Directiva, y la ley española que la implementa, detallan un elenco de medidas que podemos diferenciar entre: 1) las medidas específicas, que cuentan con un tratamiento diferenciado en la norma; 2) las medidas comúnmente denominadas privilegiadas; 3) las medidas de aseguramiento probatorio, cuya finalidad consiste en asegurar un determinado medio de prueba¹⁴.

En otro término, debemos referirnos a la particularidad de la prueba electrónica que, aunque no cuenta con una disposición específica en la DOEI, no por ello está excluida de la misma. En la actualidad, la UE está negociando acuerdos sobre la obtención transfronteriza de este tipo de pruebas. Tan es así que existe una Propuesta de Reglamento¹⁵, que se constituye como un instrumento adicional a la DOEI¹⁶. El ámbito de aplicación de la Directiva 2014/41/UE también

¹¹ DM 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (DOUE L350/72, de 30 de diciembre de 2008).

¹² Con el objeto de facilitar el intercambio de OEIs y la gestión electrónica, en la actualidad se está tramitando la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un sistema informatizado de comunicación en los procesos transfronterizos penales y civiles (sistema e-CODEX), y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726, COM (2020) 712 final, de 2 de diciembre de 2020.

¹³ GARRIDO CARRILLO, «Insuficiencias y limitaciones de la orden europea de investigación (OEI)», *Revista de Estudios Europeos*, núm. extraordinario monográfico, 1-2019, pp. 206 y ss.; GRANDE SEARA, «Presupuestos para el reconocimiento y ejecución en España de una orden europea de investigación», en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dir.) *Nuevos paradigmas de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 585 y ss.

¹⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, «La orden europea de investigación», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Integración Europea y Justicia Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 413 y ss.

¹⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, Estrasburgo, 17.4.2018, COM (2018) 225 final, 2018/0108(COD).

¹⁶ La principal novedad que presenta es que la orden se dirige directamente al proveedor de servicios que es quien debe facilitar o asegurar los datos electrónicos requeridos. Así pues, puede ocurrir que la ejecución

se extiende a las medidas de aseguramiento probatorio. Con la promulgación de estos instrumentos, podemos afirmar que contamos con un acervo probatorio a nivel europeo.

Desde el plano procedimental, la orden se puede emitir en cualquier fase del procedimiento, incluida la de ejecución. Lo habitual será que la orden adquiera mayor protagonismo en la fase de investigación.

Por lo que respecta al ámbito subjetivo de la norma, podrá aplicarse tanto a las personas físicas como jurídicas. Las primeras, en principio, no plantean mayores problemas, que sí pueden darse respecto a las personas jurídicas. Esto es así porque algunos países europeos contemplan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, abandonando el principio de *societas delinquere non potest*. La intención del legislador europeo ha sido que la Directiva pueda aplicarse cuando la persona jurídica es sujeto pasivo del proceso, y así se recoge en el artículo 4 de la citada norma. El problema puede darse por la distinta calificación jurídica del ilícito cometido que se le otorgue en el Estado de emisión y ejecución, cuando en uno esté sujeta a responsabilidad penal y en otro a responsabilidad administrativa.

Refiriéndonos ahora a las autoridades competentes para emitir y ejecutar una orden europea de investigación, debemos destacar la novedosa regulación que efectúa el legislador español, pues a pesar de optar por un modelo de competencias compartidas entre jueces y fiscales, hace prevalecer la posición del Ministerio Fiscal (en adelante, MF) en la fase de ejecución; pues mientras que las competencias atribuidas en la vertiente de emisión lo están de una forma muy residual, en la de ejecución se le confieren amplias facultades¹⁷.

finalice sin que intervenga una autoridad judicial del Estado de ejecución, cuestión que está siendo duramente criticada por la falta de control de la medida en la ejecución de la misma. A pesar de los inconvenientes que pueda generar esta novedosa propuesta reportará un beneficio considerable, ya que partiendo del carácter fugaz de las pruebas electrónicas, los tiempos que se establecen para la obtención y conservación de la prueba son más breves que los previstos en la orden europea de investigación, donde son excesivamente amplios. Para un estudio exhaustivo del tema *Vid.* CALAVITA, «La proposta di regolamento sugli ordini di produzione e conservazione europei: Commissione, Consiglio e Parlamento a confronto», *La legislazione penale*, 2021, pp. 1 y ss.; FUENTES SORIANO, «Europa ante el reto de la prueba digital. El establecimiento de instrumentos probatorios comunes: las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas», en FUENTES SORIANO (Dir.) *Era digital, sociedad y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 293 y ss.; GONZÁLEZ GRANDA, «Órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal: próximo avance en material de prueba penal transfronteriza», en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dirs.) en *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1083 y ss.; MITJA y DELLA TORRE, «Lotta alla criminalità nel cyberspazio: la Commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali», *Diritto penale contemporaneo*, n° 5/2018, pp. 277 y ss.; TINOCO PASTRANA, «The Proposal on electronic evidence in the European Union», en *Eu crim*, 1/2020, pp. 46 y ss.

¹⁷ *Vid.* AGUILERA MORALES, «Nuevas competencias para el Ministerio Fiscal con ocasión de la orden europea de investigación», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden europea de investigación y prueba penal transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 457 y ss.; «La implementación de la orden europea de investigación: el dolor de la lucidez», en BUENO DE MATA (Dir.) *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento*, Atelier, pp. 209 y ss.; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La orden europea de investigación. Actos de investigación, ilicitud de la prueba y cooperación judicial transfronteriza*, 2016, pp. 63 y 64.

Así, el MF además de tener atribuida exclusivamente la recepción de todas las órdenes que provienen del extranjero, cuenta con importantes facultades que no se adecuan con el actual modelo que rige en el proceso penal español. Entre ellas debemos señalar el control de legalidad y proporcionalidad que ostenta, ya que se le faculta para la sustitución de una medida por otra no restrictiva de derechos. Se le suman otras de gran calado como son: denegar una OEI; practicar las diligencias oportunas para determinar la competencia del juez o tribunal al que corresponda la ejecución; emitir un informe preceptivo sobre la concurrencia o no de causas de denegación.

Al margen de las citadas particularidades que presenta la norma, podemos afirmar que en líneas generales se han logrado importantes avances en materia probatoria, aunque lo cierto es que estamos ante una de las materias más complejas, quizás por la falta de armonización normativa; y aún quedan aspectos importantes de la actividad probatoria pendientes de regular, confiando que en un futuro próximo tenga un tratamiento unitario en el conjunto de la Unión.

2. Reconocimiento y ejecución de una orden europea de investigación

En el presente trabajo vamos a analizar algunas especialidades de la fase de reconocimiento y ejecución de la medida requerida por el Estado de emisión, ya que es uno de los temas capitales del instrumento analizado y donde se pueden encontrar mayores obstáculos en su aplicación práctica. En cuanto al tratamiento normativo de la materia, debemos señalar que en la estructura de la LRMRP constan unas disposiciones generales para el reconocimiento y ejecución de cualquier instrumento (arts. 16 a 28) y otras específicas para la OEI (arts. 205 y ss.)¹⁸

Una orden se reconocerá y ejecutará de la misma manera que si la medida se hubiese adoptado por una autoridad nacional del Estado de ejecución y esta se llevará a cabo siempre y cuando no concurren causas de denegación¹⁹, o sea procedente la suspensión temporal de la misma, como veremos en el epígrafe siguiente. Aunque existe la posibilidad de que la petición de la autoridad de emisión se vea modificada cuando irremediamente deba recurrirse a una medida alternativa, con el fin de atender la solicitud, como expondremos *infra*. A continuación, vamos a tratar sucintamente cómo se canaliza la orden en el Estado de ejecución y los plazos y exigencias requeridas para practicar la diligencia.

a) Recepción de la orden por la fiscalía española

¹⁸ DE HOYOS SANCHO, «Reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 595 y ss.; GRANDE SEARA, «Reconocimiento y ejecución en España de una Orden Europea de Investigación (Análisis del Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación)», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Integración Europea y Justicia Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 447 y ss.

¹⁹ Vid. DE HOYOS SANCHO, «La orden europea de investigación: reflexiones sobre su potencial efectividad a la vista de los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución en España», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 47, 2019; PILLADO GONZÁLEZ, «Los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución por las autoridades españolas de una orden europea de investigación que requiera medidas específicas de investigación», en JIMÉNEZ CONDE (Dir.) *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 64 y ss.

La primera actuación que se da en el Estado de ejecución es la recepción de la orden extranjera, que requiere el acuse de recibo en un plazo máximo de una semana. Aquí debemos destacar que, aunque la Directiva contempla la posibilidad de que los Estados designen una autoridad central que asuma estas funciones, en España se le encomienda exclusivamente al MF. La atribución de esta competencia en exclusiva a la fiscalía, a priori, puede parecer una ventaja por concentrar en un único órgano todas las órdenes pasivas, pero por el propio organigrama de la fiscalía española a veces puede ser una ardua tarea de localización para la autoridad extranjera.

Una vez recepcionada la orden, la fiscalía debe efectuar una valoración inicial, porque puede suceder que no haya sido emitida por una autoridad competente en cuyo caso se procederá a su devolución. Si no se diera tal circunstancia, el MF reconocerá o ejecutará la orden o habrá de determinar el órgano competente para la ejecución, lo que supone una labor de indagación inicial. Se pueden dar tres situaciones diferentes (art. 187. 2 LRMRP):

1. que la orden no contenga medida limitativa de derechos fundamentales, en cuyo caso la fiscalía será la autoridad competente para el reconocimiento y ejecución;
2. cuando exista alguna medida limitativa y no pueda ser sustituida por otra que no restrinja derechos fundamentales, la orden será remitida al juez o tribunal competente;
3. y la tercera posibilidad, que ha sido prevista exclusivamente por el legislador español, es cuando en la propia orden se indique expresamente que la medida tiene que ser ejecutada por un órgano judicial; que afecta directamente a las reglas de competencia de nuestro ordenamiento.

Conforme al art. 187.3 LRMRP el MF podrá practicar las diligencias oportunas a fin de determinar el juez o tribunal competente al que remitir la orden. La posición que ostenta el MF en la determinación de la competencia parece no adecuarse a la configuración actual de nuestro proceso penal.

En virtud del modelo adoptado por el legislador español, la casuística puede ser variada, ya que puede ocurrir que la autoridad de emisión remita directamente la orden a una autoridad judicial, sin canalizarla previamente a través del MF; o que se aprecie la falta de competencia de la autoridad de emisión por parte de la autoridad judicial que finalmente le compete la ejecución – y no por la fiscalía receptora–, supuesto para el que no se aclara quién devuelve la orden.

Que la posición que ostenta el MF se compadece mal con la actual configuración del proceso penal es una realidad; tan es así que ya ha sido objeto de discrepancias por los tribunales españoles. Vamos a exponer someramente algunos de los pronunciamientos al respecto:

- el primero de ellos es el auto 1567/2019, de 19 de junio, dictado por el Juzgado Central de Instrucción (en adelante, JCI) nº 2, donde se inadmite la orden extranjera. El origen es la emisión de una OEI por las autoridades francesas para la práctica de unos registros domiciliarios con el fin de proceder a la incautación de unos documentos, así como la toma de declaración de los investigados. El órgano receptor es la Fiscalía Antidroga, quien remite la orden a los Juzgados Centrales de Instrucción para que se turne reparto, considerando que en virtud del art. 187.3 LRMRP tienen competencia por la inexistencia de vínculo territorial. La idea de la vinculación territorial es importante, porque son los argumentos que esgrime el JCI para declarar su incompetencia: por un lado, porque considera que no se trata de ninguno de los delitos cuyo

conocimiento le corresponde; y, por otro, no se da el presupuesto de ausencia de conexión territorial, más bien todo lo contrario, ya que las medidas tenían que ejecutarse en Málaga y Madrid.

Expuesto el supuesto de hecho, tenemos que referirnos a la cuestión problemática que es la devolución de la orden a la fiscalía –como órgano receptor– para que reconsiderara su postura y determinara el Juzgado competente para la ejecución. La fiscalía recurre la decisión del JCI, alegando la improcedencia de la devolución debido a que no puede ser la fiscalía quien cambie de criterio y lo envíe a otro juez. Este argumento se contrarresta por el JCI, con base en el art. 187.3 LRMRP, argumentando que es al MF a quien compete decidir a cuál de los diversos jueces competentes ha de enviar la orden para su ejecución.

Como puede contemplarse las interpretaciones son diversas –y controvertidas–, pues también puede suceder que la autoridad de emisión extranjera remita directamente la orden a la autoridad judicial española, sin canalizarla a través de la fiscalía receptora, donde puede plantearse, en caso de manifiesta incompetencia, si la orden se devuelve directamente a la autoridad de emisión, o se le remite a la fiscalía para que sea esta quien la envíe a la autoridad de origen. La propia Guía del CGPJ se ha pronunciado sobre este asunto, afirmando que «si el órgano judicial recibiera directamente una orden europea de investigación procedente de un órgano de emisión de otro Estado deberá remitirla a la Fiscalía que resulte competente y notificarlo al Estado de emisión». Y en este argumento, entre otros, es donde se apoya el JCI, decisión que fue confirmada por la AN.

- el segundo trae causa en el auto 668/2019, de 10 de octubre, dictado por la Audiencia Provincial de Gerona, que resuelve un recurso de apelación interpuesto por la fiscalía contra la declaración de incompetencia para el reconocimiento y ejecución por parte del Juzgado de Instrucción nº 4 de dicha ciudad. La orden emitida por la Fiscalía de Rumanía se remite directamente al citado Juzgado, quien entiende que carece de competencia y se inhibe a favor de los Juzgados de Alcalá de Henares.

En el citado recurso se alega que, aunque la recepción le compete en exclusiva a la fiscalía, la norma española no contiene disposiciones para resolver las cuestiones de competencia. A este respecto, la AP considera que se debe estar a lo dispuesto en el art. 25 LECRIM, debiendo el Juzgado receptor remitir la orden al que considere competente. Entendemos que esta postura de no canalizar la orden a través de la fiscalía como autoridad de recepción, redundaría en la eficacia y operatividad del propio instrumento. Aunque si nos ceñimos en puridad a la literalidad de la transposición española, parece que la intención es otra.

b) Plazos y presupuestos para el reconocimiento y ejecución

Recepcionada la orden y determinada la competencia, debemos distinguir los plazos del reconocimiento y los de la ejecución. La resolución de reconocimiento de la orden se tomará *cuanto antes* y a más tardar en el plazo de treinta días. No obstante, este plazo puede prorrogarse por otros treinta días más, cuando el juez o fiscal estime que no podrá cumplir con el plazo anteriormente mencionado. En nuestra opinión, los plazos estipulados para la toma de la decisión son excesivamente amplios, que pueden contribuir a que el procedimiento se demore.

Por otro lado, en referencia a la ejecución de la medida, la autoridad española dictará auto o decreto *sin dilación* y, a más tardar, en el plazo de noventa días. Estos son plazos ordinarios, pero

existen otros supuestos donde se requiere una actuación urgente para los que rigen plazos reducidos (por ejemplo, por la gravedad del delito, cuando la actuación deba realizarse en un día en concreto, etc.)

Cuando no pueda cumplirse con el plazo establecido para la ejecución, la autoridad española lo pondrá en conocimiento de la autoridad de emisión, con la posibilidad de iniciar un trámite de consultas para la adecuación de los plazos o fecha de ejecución de la medida (art. 208.6 LRM RP).

En cuanto a la ejecución de la medida se exige la concurrencia de dos presupuestos:

1) que la medida exista en Derecho español y esté prevista para un caso interno similar, que implica un control sobre la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida (art. 206.1 LRM RP). Entendemos que este debe ser un control de mínimos, en orden a la adecuación de la medida al ordenamiento jurídico español, pues previamente la autoridad de emisión habrá realizado la valoración de los presupuestos de emisión.

2) la observancia de las formalidades y procedimientos indicados por la autoridad de emisión, siempre y cuando no sean contrarios a su ordenamiento jurídico; lo que significa la aplicación de la *lex fori*²⁰. El cumplimiento de estas exigencias tiene especial repercusión en la eficacia de la prueba en el procedimiento seguido en el Estado de emisión.

Ahora bien, tal como analizaremos en el epígrafe siguiente, existe una vía distinta a la inicialmente propuesta por la autoridad requirente, que es ejecutar una medida alternativa cuando la solicitada no esté prevista para un caso interno similar, o cuando exista otra medida menos onerosa con la que se pueda obtener los mismos resultados (art. 206. apdos. 2 y 3 LRM RP).

Por otro lado, en esta fase la autoridad puede decretar que la ejecución no se lleve a cabo, bien porque la medida no está contemplada en el Derecho español; o cuando exista, no esté prevista en un caso interno similar, y no pueda recurrirse a otra medida distinta que alcance los mismos resultados (art. 206.5 LRM RP).

3. La sustitución de la medida solicitada como alternativa a la denegación de la cooperación

3.1. Aspectos generales del mecanismo de sustitución

Si partimos de un concepto de reconocimiento mutuo amplio o automático, donde la resolución judicial es reconocida y ejecutada sin control pasivo por parte de la autoridad de ejecución, nos llevaría al pleno funcionamiento y eficacia del instrumento. Esta función de ejecutar en sentido estricto se sustenta en la confianza recíproca y en los derechos y garantías comunes en el ELSJ.

En los tiempos que corren estamos ante una concepción limitada del principio de reconocimiento mutuo, pues la mitigación del automatismo permite que se reconozcan las resoluciones judiciales y se preste la colaboración requerida por un país extranjero a través de una medida alternativa.

La opción de sustituir una medida por otra es una de las causas que evidencian que en la DOEI rigen normas propias de la asistencia judicial, por lo que no podemos hablar de principio de

²⁰ DOMÍNGUEZ RUIZ, *La Orden Europea de Investigación: análisis de la regulación europea y española*, 2019, pp. 633 y ss.

reconocimiento mutuo automático. La flexibilidad que se permite con la sustitución de la medida es el remedio elegido para que la petición de cooperación prospere y no esté abocada al fracaso, ya que de no existir esta posibilidad el único cauce sería la denegación de la ejecución.

Este mecanismo de sustitución no opera para un conjunto de medidas que son las comúnmente denominadas “privilegiadas”: 1) la obtención de información o de pruebas que obren ya en poder de la autoridad de ejecución siempre que, de conformidad con el Derecho nacional del Estado de ejecución, esa información o esas pruebas hubieran podido obtenerse en el contexto de un procedimiento penal o a los fines de la OEI; 2) la obtención de información contenida en bases de datos que obren en poder de las autoridades policiales o judiciales y que sean directamente accesibles a la autoridad de ejecución en el marco de un procedimiento penal; 3) la declaración de un testigo, un perito, una víctima, un investigado o acusado o un tercero en el territorio del Estado de ejecución; 4) cualquier medida de investigación no invasiva definida con arreglo al Derecho nacional del Estado de ejecución; 5) la identificación de personas que sean titulares de un número de teléfono o una dirección IP determinados. Sus características principales son: en todo caso deben estar disponibles en los ordenamientos internos de cada Estado; no están sometidas al control de doble incriminación ni a umbral punitivo en el Estado de emisión; no pueden ser sustituidas; su ejecución es obligatoria.

Si la medida requerida es distinta a las citadas y la autoridad de ejecución no puede ejecutar la medida o bien considera que su ordenamiento jurídico permite conseguir el mismo resultado de forma menos invasiva, deberá realizar una valoración sobre la idoneidad de aplicar el mecanismo de sustitución.

3.2. Causas de sustitución de una medida de investigación

En cuanto a las causas por las que puede operar el mecanismo de la sustitución son: 1) que la medida de investigación solicitada en la orden no exista en Derecho español; 2) que la medida requerida no esté prevista para un caso interno similar; 3) que exista otra medida distinta que persiga el mismo resultado por medios menos restrictivos.

El primero de los supuestos, es una clara manifestación del principio de legalidad, por tanto, la completa ausencia de previsión legal contravendría el mismo.

El segundo de ellos se da cuando la medida no esté prevista para un caso interno, como sucede por ejemplo con la interceptación de telecomunicaciones, contemplada para determinados delitos graves. Así pues, si la medida se requiere para un delito que no reviste tal gravedad, la autoridad de ejecución española podría sustituir la medida, ya que está regulada legalmente, pero para un supuesto distinto al solicitado. En definitiva, esto implica el control de proporcionalidad por parte de la autoridad de ejecución, si bien entendemos que, aunque la autoridad de ejecución no debe inmiscuirse en los presupuestos de emisión que ya fueron evaluados por la autoridad extranjera, no es un condicionante para que la medida se adecue a los cánones del país de ejecución. En este control de revisión es donde entendemos que la autoridad de ejecución debe ceñirse a lo estrictamente necesario para posibilitar la ejecución, pues ejercer un control ilimitado supondría el fracaso de todo el sistema de reconocimiento mutuo. En esta valoración el punto de partida lo constituye el Derecho de la Unión, y aunque el Derecho interno del Estado requerido establezca niveles de protección de los derechos fundamentales más garantistas que los comunitarios, no debe servir de pretexto para justificar la denegación de la cooperación,

debiendo prevalecer el reconocimiento mutuo conforme a los estándares marcados por el Derecho europeo.

Y el tercero de los supuestos, como clara manifestación del principio de proporcionalidad, donde la autoridad de ejecución realiza un control sobre la idoneidad de sustituir la medida por una menos invasiva. Esta evaluación se realiza sobre la adecuación de la medida a los estándares nacionales del Estado requerido. Se impone como un mecanismo para que finalmente prospere la petición, pero no acarrea una valoración de los presupuestos de emisión efectuada por la autoridad de emisión (arts. 6 DOEI y 189 LMRP), más que en aquellos casos en los que existan dudas fundadas sobre su posible incumplimiento. La previsión de este control supone una limitación más a que el principio de reconocimiento mutuo despliegue sus efectos de forma automática, pero se impone como una flexibilización ante la disparidad normativa, pues de no preverse este remedio los instrumentos de cooperación perderían toda su utilidad. En el actual estado de cosas, la mitigación del principio de reconocimiento mutuo es una solución necesaria para el funcionamiento del entramado de la cooperación judicial.

A modo de ejemplo, la sustitución operaría si la medida solicitada fuera un registro remoto sobre equipo informático, donde quizás resultaría oportuno valorar una medida menos invasiva, porque esta sin duda lo es y en muy alto grado, afectando a derechos fundamentales como a la intimidad, el secreto a las comunicaciones, a la protección de datos y, en determinadas ocasiones, a la inviolabilidad del domicilio. En una medida de tales características, podría ser conveniente recurrir a otra distinta mediante la cual se consiga idéntico fin; como por ejemplo un registro domiciliario para obtener el archivo de interés para la causa, ya que el registro remoto implica el acceso a una mayor parte del contenido del dispositivo al que se pretende acceder. Además, en el registro domiciliario el investigado estará presente en la diligencia.

Ahora bien en caso de inexistencia de medida menos invasiva, cuando se ejecute la inicialmente requerida, consideramos que huelga la necesidad de motivar el juicio sobre la proporcionalidad.

Como hemos adelantado, conforme al protagonismo otorgado por el legislador español al MF, le corresponde al mismo la realización de un examen previo sobre la posibilidad de sustituir la medida por otra no limitativa de derechos fundamentales, lo que nos conduce a pensar que estas atribuciones no se corresponden con la actual configuración del proceso penal español, y quizás sea un adelanto al futurible modelo del proceso penal.

3.3. Recurso a una medida distinta a la inicialmente propuesta

Con carácter previo señalamos que para tomar esta decisión tenemos que respetar los plazos de reconocimiento y ejecución previstos, intentando no agotar los mismos ya que contrarrestaría la eficacia que debe imperar en este tipo de procedimientos.

Si concurren algunos de los supuestos de sustitución, la autoridad española antes de dictar resolución deberá informar a la autoridad de emisión²¹. En caso de que esta no comunique su

²¹ ARANGÜENA FANEGO, «La orden europea de investigación: régimen de sustitución de la medida solicitada», en *Indret*, nº 1/2021, p. 503. Respecto al procedimiento, argumenta la autora que «apenas se encuentra esbozado en sus líneas generales en la DOEI (art.10.4) sin que la LRM, por su parte, aclare mucho más al regular la cuestión de manera algo asistemática y un tanto asimétrica poniendo más interés en las consecuencias derivadas de la sustitución cuando la autoridad española actúa como autoridad de emisión, que cuando lo hace como autoridad de ejecución proponiendo el cambio».

decisión de retirar o completar la medida, la autoridad de ejecución española quedará facultada para llevar a cabo la ejecución. Este trámite es de vital importancia para la autoridad de emisión, pues le permite efectuar una valoración sobre la idoneidad de la medida propuesta por la autoridad de ejecución, a los efectos de la admisibilidad probatoria en el proceso seguido en origen.

Para facilitar el correcto funcionamiento de la orden sería aconsejable que en el formulario quedara reflejado que puede adoptarse una medida menos invasiva, a los efectos de evitar consultas innecesarias y dotar de mayor celeridad al procedimiento de cooperación (*principio pro cooperatione*).

Cuando no pueda operar el mecanismo de la sustitución, debido a la inexistencia de una medida alternativa, no queda más remedio que notificar a la autoridad de emisión la imposibilidad de llevar a cabo la ejecución (art. 206.5 LRMRP). La consecuencia directa equivale a una denegación de la ejecución porque jurídicamente la medida no tiene encaje en el derecho interno.

3.4. La sustitución en otros instrumentos de reconocimiento mutuo

Es preciso comparar el procedimiento de sustitución previsto para la OEI con el de otros instrumentos de reconocimiento mutuo, aunque tengan ámbitos objetivos distintos. Como precedentes tenemos que citar: la DM 2008/909/JAI²², relativa a la ejecución de las sentencias por las que se impone una pena o medida privativa de libertad; la DM 2009/829/JAI²³, acerca de las resoluciones sobre medidas de vigilancia en sustitución de las penas privativas de libertad; y la Directiva 2011/99/UE, sobre la orden europea de protección²⁴.

- En cuanto a la resolución por la que se impone una medida o pena privativa de libertad, se encuentra regulada en el Título III de la LRMRP, y su objetivo es el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales firmes emitidas por un determinado EM. Con este instrumento se le otorga a una concreta pena privativa de libertad eficacia en toda la Unión Europea, lo que incide especialmente en el principio de reconocimiento mutuo y en la confianza recíproca entre Estados.

Amparados en la confianza en los sistemas jurídicos de los Estados europeos, en principio debe respetarse (y ejecutarse) la resolución dictada por el órgano del Estado de emisión, recurriendo exclusivamente al mecanismo de *adaptación* en aquellos supuestos en que la condena sea incompatible con el Derecho del Estado de ejecución, bien por su naturaleza o duración de la misma²⁵ (art. 83 LRMRP).

²² Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DOUE L327, de 5 de diciembre de 2008).

²³ Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional (DOUE L294, de 11 de noviembre de 2009).

²⁴ Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección.

²⁵ *Vid.* STS 820/2013, Penal, de 17 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5314). Aunque la Sentencia se refiere al art. 10 del Convenio de Estrasburgo de 1983, por analogía reproducimos parte del contenido de la misma: «como

En esta materia, son reiterados los pronunciamientos que abogan por la flexibilización, realizando una ponderación de la proporcionalidad, excluyendo posturas que se justifican en el exceso de cualquier pena privativa de libertad impuesta por el país extranjero, pues cualquier diferencia conllevaría una modificación casi automática del quantum punitivo. Aunque con una denominación distinta, este mecanismo opera de forma similar a la sustitución de una medida de investigación.

- De otro modo, tenemos que referirnos a la orden europea de vigilancia, regulada en el Título V de la LRM RP, que tiene como finalidad garantizar la acción de la justicia y, especialmente, la comparecencia en juicio de la persona que soporta la medida. Siguiendo el modelo de sustitución comentado en estas páginas, también se prevé la adaptación de la resolución cuando las medidas de vigilancia impuestas sean incompatibles con el ordenamiento jurídico español (art. 123 LRM RP), con la limitación de que en ningún caso la medida adaptada puede ser más severa que la inicialmente propuesta.

puede fácilmente constatar, el núcleo de los problemas hermenéuticos del precepto se centra en la excesiva indeterminación semántica de tres vocablos que resultan capitales para la interpretación de este segundo apartado de la norma. Nos referimos a las expresiones "incompatibilidad", "naturaleza" y "duración" de la pena impuesta en el país extranjero. En lo que atañe al vocablo "incompatibles", la extensión de su campo semántico depende del rigor o laxitud con que operemos a la hora de fijar el grado de incompatibilidad, ya que se trata de un concepto totalmente vinculado a la mayor o menor flexibilidad con que se interpreten y se pretendan imponer los criterios valorativos que se hallan detrás de la imposición de una pena. El término "naturaleza" referido a una pena parece albergar una significación más asequible y fácil de interpretar que el de "duración", pues en aquel la incompatibilidad ha de aplicarse a penas que por su carácter excesivamente aflictivo no han sido ni siquiera recogidas en nuestro Código Penal. Para rellenar ese concepto ha de acudir al art 15 de la Constitución, en el que se prohíben las penas inhumanas y degradantes. Sobre este particular establece el Tribunal Constitucional que la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que esta revista, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena" (SSTC 65/1986 y 116/2010). Entre ellas, es claro que han de estar comprendidas la pena de muerte y las que implican cualquier acción directa sobre el cuerpo de la persona, así como todas aquellas que reducen a un sujeto a un mero objeto de la acción de un tercero. [...] Mayores interrogantes genera, ciertamente, la interpretación del sintagma "duración de la pena", criterio que sí aparece transido de un grado muy importante de incertidumbre e indeterminación. El criterio de la duración de la pena ha de aplicarse con una importante dosis de ponderación y mesura. De modo que ni puede afirmarse que solo quedan fuera del ámbito de esta cláusula de excepción de la adaptación punitiva la prisión perpetua, ni tampoco cabe irse al extremo contrario para entender que cualquier diferencia en exceso de una pena privativa de libertad impuesta por un país extranjero en comparación con la que se establece en el nuestro determina una modificación automática del quantum punitivo. En el primer caso se incurriría en una interpretación reduccionista y ajena a la esencia del principio de proporcionalidad que impone nuestro texto constitucional en la aplicación de las penas. Y en la segunda opción asimilaríamos el procedimiento y el sistema de "prosecución" al de "conversión", y equipararíamos así la ejecución de una sentencia extranjera a las adaptaciones de penas que se hacen habitualmente en nuestros tribunales cuando entra en vigor una reforma legislativa favorable al reo y se revisan las sentencias ya firmes». En el mismo sentido la STS 234/2021, Penal, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1029).

- Por su parte, la orden europea de protección también contempla un mecanismo de adaptación. Esto se evidencia en el art. 138.2 LRMRP, al referirse a que la medida de protección que se adopte por el Juez o Tribunal español se ajustará «en la medida de lo posible a la medida de protección ordenada por el Estado de emisión», lo que permite que la autoridad española valore si aplica una medida distinta a la solicitada para su adecuación a los estándares nacionales.

En definitiva, la sustitución (o adaptación), además de regularse en la Directiva de referencia, ya estaba prevista en otros instrumentos promulgados con anterioridad, y aunque produce una mitigación de la idea inicial de reconocimiento mutuo automático, con este mecanismo se permite dotar de eficacia a la propia cooperación, aun por una vía distinta de la inicialmente propuesta por la autoridad requirente. Aunque coarta en cierto modo la aplicación automática de dicho principio, viene a salvar el fracaso de la cooperación y permite que el principio de reconocimiento mutuo finalmente acabe desplegando sus efectos.

4. La suspensión temporal de la ejecución

En el procedimiento de reconocimiento y ejecución se contempla la posibilidad de suspenderlo, cuyos motivos se encuentran recogidos tanto en el art. 15 de la norma europea como en el 209 de la ley española, y el efecto que produce es la postergación de la ejecución de la orden para otro momento²⁶. En cuanto a la terminología empleada, ambos preceptos aluden a la *suspensión del reconocimiento y ejecución* de la orden, si bien consideramos que la suspensión opera solo respecto a la ejecución²⁷, pues lo normal es que se reconozca la orden y se paralice la ejecución de la medida y, una vez que desaparezcan las causas que motivaron el aplazamiento, se lleve a cabo la diligencia de investigación.

Son dos los motivos de suspensión previstos en el art. 209 LRMRP: a) que su ejecución pudiera perjudicar una investigación penal o actuaciones judiciales penales en curso, hasta el momento que se considere necesario; b) que los objetos, documentos o datos de que se trate estén siendo utilizados en otros procedimientos, hasta que ya no se requieran con este fin.

La imprecisión con la que se redactan los motivos de suspensión puede originar un sinnúmero de interpretaciones²⁸. Por ello, esta ambigüedad nos conduce a una deseable situación de diálogo entre ambas autoridades, donde prevalezca el consenso, con el objetivo de no restar operatividad al instrumento.

1. En relación a la primera de las causas, la interpretación sobre qué debemos entender por perjuicio para una investigación penal, consideramos que es una redacción demasiado imprecisa ya que supone una dificultad a la hora de decidir la paralización de la ejecución. A nuestro juicio, para entrar a valorar la concurrencia del presente motivo, la autoridad española debería disponer de elementos de juicio suficientes para determinar la existencia de un perjuicio o no, y más aún si el mismo es relevante o no.

²⁶ DE HOYOS SANCHO, en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, pp. 630 y ss. La autora argumenta que, aunque los motivos de suspensión no son motivos de denegación en sentido estricto, pueden provocar efectos similares.

²⁷ RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, pp. 408 y ss.

²⁸ GRANDE SEARA, en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dir.) *Nuevos paradigmas de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. M^a Isabel González Cano*, pp. 615 y ss.

2. Si nos referimos al segundo de los motivos, en referencia a que el material se utilice en varios procedimientos, no se especifica si este afecta a un procedimiento penal o de distinto orden, ni si es una causa nacional o extranjera. Entendemos que la aplicación del mismo debe restringirse a aquellos supuestos que obligue irremediamente a paralizar temporalmente la ejecución de la orden. No debemos obviar que una determinada prueba puede utilizarse indistintamente en dos procedimientos, y que su uso en uno de ellos no siempre excluye su utilización en otro (por ejemplo, cabe la duplicación de un determinado documento).

Se ha cuestionado si la suspensión abarca la litispendencia, llegando a afirmar el CGPJ que la misma no se incluye dentro de los supuestos de denegación, sino que estamos ante un motivo de aplazamiento²⁹. Consideramos que la finalidad del aplazamiento no está vinculada con un doble pronunciamiento, sino con la disponibilidad del material probatorio o con el perjuicio para una determinada causa.

3. Al margen de estos supuestos, debemos recurrir a un tercero contemplado en las disposiciones generales de la LRM RP, que operan respecto a cualquier instrumento. Así, el art. 23.1 establece que la ejecución podrá suspenderse por «pérdida sobrevenida del carácter ejecutorio de la orden o resolución judicial». A nuestro juicio, esta causa no se enmarca dentro de la suspensión, sino que acabaría con el procedimiento de cooperación. Piénsese, por ejemplo, en el fallecimiento del investigado, que directamente pondría fin al proceso y consecuentemente a la solicitud transfronteriza.

Expuestos los supuestos de suspensión, debemos destacar que no se establece plazo para adoptar la misma. Por tanto, nos tenemos que regir por los plazos fijados para la ejecución de la medida, es decir, la autoridad de ejecución llevará a cabo la ejecución de la medida de investigación *sin demora* y, a más tardar, en un plazo de noventa días. Con base en ello, la decisión de suspender la ejecución deberá tomarse una vez reconocida la orden y dentro del plazo general que marca la norma para llevar a cabo la diligencia.

Por otra parte, la suspensión durará «hasta el momento en que se considere necesario» (art 209.1 LRM RP). Tampoco aclara mucho la norma al respecto, lo que podría comportar una demora innecesaria en la tramitación del procedimiento. En ausencia de previsión expresa, recurrimos una vez más a las disposiciones generales de la LRM RP, aplicables a cualquier instrumento de reconocimiento mutuo, donde se establece en su art. 23.1 que la autoridad judicial española comunicará a la de emisión la suspensión de la ejecución de la orden, los motivos y, si es posible, la *duración* de la misma; por tanto, será la autoridad de ejecución quien determine su duración. Todo ello, sin perjuicio de que, a los efectos de concretar la duración, la autoridad española inicie un diálogo con la de emisión.

Desaparecidas las causas que motivaron la paralización temporal, la autoridad de ejecución adoptará las medidas necesarias para ejecutar la medida, informando de ello a la autoridad solicitante.

²⁹ Vid. Acuerdo adoptado por el pleno del CGPJ en su reunión del día 28 de septiembre de 2017 por el que se aprueba el Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la orden europea de investigación, p. 56.

5. Conclusión

El avance que se ha producido con la promulgación de la DOEI es incuestionable y, en la actualidad, las autoridades judiciales ya están recurriendo frecuentemente a este instrumento. No obstante, su aplicación práctica no está exenta de problemas, bien por la diversidad de ordenamientos jurídicos, bien porque en algunas ocasiones se suscitan ciertas reticencias para cooperar entre autoridades judiciales implicadas. Un asunto objeto de reflexión son los arduos y tediosos procedimientos de cooperación que nada favorecen, y que en el instrumento aquí analizado se evidencia en los plazos procesales excesivamente amplios para obtener el material probatorio.

En la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español, se ha empleado una técnica legislativa de codificación que resulta plausible en este sentido. En cambio, el legislador español ha tratado ciertos aspectos que pueden restar eficacia a la aplicación del instrumento. Sirva de ejemplo, las amplias facultades concedidas a la fiscalía española, que se aleja de la posición que ocupa en el proceso penal español y que no se adecua al modelo implantado por la LRMRP. De especial interés es la designación como órgano encargado de recepcionar todas las órdenes pasivas y las discrepancias causadas ante una deficiente regulación de esta materia.

En la obtención probatoria transfronteriza, el procedimiento de reconocimiento y ejecución es la clave en todo este sistema y de las actuaciones que se practiquen en el extranjero va a depender la admisibilidad probatoria en el Estado de emisión. Aunque se residencia cierto control en la autoridad de ejecución, esta debe ser muy cauta en su ejercicio, debiendo facilitar la obtención y aseguramiento de la prueba en su Estado. Aunque se deben concentrar los esfuerzos en alcanzar la plena ejecución de la orden, debemos indicar que, debido a las divergencias normativas entre Estados miembros, se prevé un catálogo de motivos de denegación a los que debería recurrirse restringidamente. Precisamente, con fundamento en esa variedad normativa, se contempla un cauce para atender la petición de cooperación y que no fracase todo el sistema de reconocimiento mutuo como es el recurso a una medida distinta a la inicialmente propuesta por la autoridad de emisión. Este mecanismo puede ser una alternativa a la denegación, siendo deseable que las autoridades implicadas adecuen la medida conforme a sus parámetros jurídicos, con la única finalidad de lograr que el procedimiento termine satisfactoriamente.

Además, otra decisión que se puede tomar es la suspensión temporal de la ejecución, cuyas causas son demasiado ambiguas y pueden albergar un sinnúmero de supuestos, que podría dar lugar a que la autoridad de emisión reconsidere su petición y no le interese mantenerla, bien porque por la duración de la misma perjudique a la investigación en curso, o por otros motivos.

Para concluir señalamos que, en esta fase de reconocimiento y ejecución, el nivel de confianza que se logre por las autoridades judiciales intervinientes se impone como un elemento esencial para alcanzar la plena aplicación y eficacia del propio instrumento aquí analizado. Y no menos importante resultan los diálogos que inicien las autoridades, con el objeto de posibilitar la cooperación, siempre y cuando el recurso a ellos no sea utilizado indiscriminadamente y con fines dilatorios.

6. Bibliografía

AGUILERA MORALES (2019), «Nuevas competencias para el Ministerio Fiscal con ocasión de la orden europea de investigación», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden europea de investigación y prueba penal transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 458 y ss.

- (2019) «La implementación de la orden europea de investigación: el dolor de la lucidez», en BUENO DE MATA (Dir.) *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento*, Atelier, pp. 209 y ss.

ARANGÜENA FANEGO (2021), «La orden europea de investigación: régimen de sustitución de la medida solicitada», en *Indret* nº 1.

- ARANGÜENA FANEGO (2021), «Orden europea de investigación: recurso a una medida alternativa a la solicitada», en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dir.) *Nuevos paradigmas de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 479 y ss.
- (2019) «Orden europea de investigación: aspectos generales del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza», GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 298 y ss.
- (2017) «Orden europea de investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 58, pp. 905 y ss.

CALAVITA (2021), «La proposta di regolamento sugli ordini di produzione e conservazione europei: Commissione, Consiglio e Parlamento a confronto», *La legislazione penale*, 30.03.2021, pp. 1 y ss.

CASANOVA MARTÍ y CERRATO GURÍ, «La emisión de una orden europea de investigación para la obtención de prueba transfronteriza y su introducción en el proceso penal español», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 62, 2019, pp. 197 y ss.

DE HOYOS SANCHO (2021), «Algunas dificultades en la aplicación práctica de la OEI», en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dir.) *Nuevos paradigmas de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 511 y ss.

- (2019) «La orden europea de investigación: reflexiones sobre su potencial efectividad a la vista de los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución en España», *Revista General de Derecho Procesal* (47).
- (2019) «Reconocimiento y ejecución de la orden europea de investigación», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 596 y ss.

DOMÍNGUEZ RUÍZ (2019), *La Orden Europea de Investigación: análisis de la regulación europea y española*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- (2019) «Las distintas posibilidades de actuación tras el reconocimiento de una orden europea de investigación en España», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 633 y ss.
- (2018) «La orden europea de investigación: el camino hacia un régimen uniforme en materia de prueba penal», en JIMÉNEZ CONDE (Dir.) *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 341 y ss.

ESTÉVEZ MENDOZA (2019), «El traslado temporal de personas privadas de libertad al amparo de la orden europea de investigación: especialidades según la regulación española», en GONZÁLEZ CANO, (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 352.

FIODOROVA (2019), «Emisión de la orden europea de investigación desde la perspectiva del derecho a solicitarla», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 536 y ss.

FUENTES SORIANO (2020), «Europa ante el reto de la prueba digital. El establecimiento de instrumentos probatorios comunes: las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas», en FUENTES SORIANO (Dir.) *Era digital, sociedad y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 293 y ss.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ (2021), «La admisibilidad de la prueba obtenida mediante la orden europea de investigación en el proceso penal español», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 54, pp. 51 y ss.

GONZÁLEZ GRANDA (2021), «Órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal: próximo avance en material de prueba penal transfronteriza», en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dirs.) en *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1083 y ss.

GARRIDO CARRILLO (2019), «Insuficiencias y limitaciones de la orden europea de investigación (OEI)», *Revista de Estudios Europeos*, núm. extraordinario monográfico, 1-2019, pp. 206 y ss.

GRANDE SEARA (2021), «Presupuestos para el reconocimiento y ejecución en España de una orden europea de investigación», en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dirs.) *Nuevos paradigmas de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Profa. M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 585 y ss.

- (2018) «Reconocimiento y ejecución en España de una Orden Europea de Investigación (Análisis del Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la

Orden Europea de Investigación)», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Integración Europea y Justicia Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 447 y ss.

KOSTORIS (2018), «Orden europea de investigación y derechos fundamentales», en ARANGÜENA FANEGO y DE HOYOS SANCHO (Dir.) *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 321 y ss.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA (2021), «El principio de reconocimiento mutuo y el principio de proporcionalidad en la orden europea de investigación», en MORENO CATENA y ROMERO PRADAS (Dir.) *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.ª M^a Isabel González Cano*, Tirant lo Blanch, pp. 559 y ss.

- (2020) *La Orden Europea de Investigación y su incorporación al Derecho español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 51 y ss.

MARTÍNEZ GARCÍA (2018) «La orden europea de investigación», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Integración Europea y Justicia Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 413 y ss.

- (2016) *La orden europea de investigación. Actos de investigación, ilicitud de la prueba y cooperación judicial transfronteriza*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MITJA y DELLA TORRE (2018), «Lotta alla criminatità nel cyberspazio: la Commissione presenta due proposta per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali», *Diritto penale contemporaneo*, n° 5, pp. 277 y ss.

PILLADO GONZÁLEZ (2018), «Los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución por las autoridades españolas de una orden europea de investigación que requiera medidas específicas de investigación», en JIMÉNEZ CONDE (Dir.) *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 61 y ss.

RODRÍGUEZ GARCÍA, (2019) «Orden de investigación europea: España como país de emisión», en GONZÁLEZ CANO (Dir.) *Orden Europea de Investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 476 y ss.

RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO (2016), *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza. De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Aranzadi, Pamplona.

TINOCO PASTRANA (2020), «The Proposal on electronic evidence in the European Union», en *Eucrim*, 1, pp. 46 y ss.

- (2018) «La transposición de la orden europea de investigación en materia penal en el ordenamiento jurídico español», en *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, pp. 116 y ss.

Ricardo-María Jiménez-Yáñez
UIC Barcelona

Ignacio Sancho
Tribunal Supremo

Sumario

-
Este artículo contiene reflexiones y sugerencias elaboradas por un lingüista y un juez para redactar mejor las resoluciones judiciales que deben escribirse con corrección, claridad y precisión como una exigencia de la justicia de la decisión. Se exponen pautas que pretenden mejorar la redacción de estos textos jurídicos: pensar antes de escribir, redactar párrafos breves y de una idea, construir oraciones de 30 palabras, uso de la voz activa, el orden de la oración, uso correcto del gerundio, empleo del adjetivo «mismo», uso de «lo cual» para enlazar y recapitular, elegir las palabras adecuadas, algunos usos de la coma y la revisión de las resoluciones judiciales. El protagonismo de las resoluciones judiciales en el buen uso del lenguaje jurídico corresponde principalmente al Tribunal Supremo, al generar jurisprudencia. Por último, las habilidades de comunicación de la profesión del juez, como el de otros oficios, se deben enseñar en el inicio del ejercicio y recordar a lo largo del ejercicio profesional.

Abstract

-
This article contains reflections and suggestions prepared by a linguist and a judge to better draft court decisions that it must be written with correctness, clarity and precision as a requirement of the justice of the decision. Guidelines are presented that aim to improve the writing of these legal texts: think before writing, write short paragraphs and an idea, construct sentences of 30 words, use of the active voice, the order of the sentence, correct use of the gerund, employment of the adjective "same", use of "which" to link and recapitulate, choose the right words, some uses of the comma and the review of court decisions. The prominence of judicial decisions in the proper use of legal language corresponds mainly to the Supreme Court, by generating jurisprudence. Finally, the communication skills of the judge's profession, like that of other trades, should be taught at the beginning of the exercise and remembered throughout the professional practice.

Title: *Correct, clear and precise court decisions.*

-
Palabras clave: Lenguaje jurídico, escritura legal, resolución judicial, lenguaje claro.
Keywords: *legal language, legal writing, legal decision, clear language.*

-

1. Planteamiento

- 1.1. La justicia de la resolución entraña que esté bien escrita
- 1.2. El género literario de la resolución judicial
- 1.3. Escribir con corrección, claridad y precisión

2. Pautas y errores más comunes

- 2.1. Pensar antes de escribir
- 2.2. Párrafos breves y de una idea
- 2.3. Oraciones de 30 palabras
- 2.4. Uso de la voz activa
- 2.5. El orden de la oración
- 2.6. Uso del gerundio
- 2.7. El adjetivo «mismo»
- 2.8. Uso de «lo cual» para enlazar y recapitular
- 2.9. Elegir las palabras adecuadas
- 2.10. Algunos usos de la coma
- 2.11. Revisión

3. Consideraciones finales

4. Bibliografía

-

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

1. Planteamiento

1.1. La justicia de la resolución entraña que esté bien escrita

La función judicial de resolución de conflictos jurídicos y tutela de los derechos de las personas, en el marco de un Estado de Derecho, encierra un enjuiciamiento y se plasma en una decisión. Decisión que, como garantía frente al riesgo de arbitrariedad, debe estar motivada. La resolución judicial debe contener no solo la decisión, sino también las razones que la justifican. De hecho, constituye una de las exigencias constitucionales básicas que las resoluciones judiciales han de estar motivadas, el tribunal ha de expresar las razones por las que concluye esa decisión. Ordinariamente, y salvo excepciones, la resolución judicial se ha de plasmar por escrito, por lo que una parte sustancial del trabajo del juez consiste en redactar sus sentencias y demás resoluciones.

La redacción de una sentencia, por una parte, está supeditada al cumplimiento de la finalidad perseguida, da a conocer la decisión judicial y las razones que la justifican; y, por otra, debe acomodarse a las reglas convencionales de la lengua empleada y de su expresión escrita, a las generales de cualquier género literario y a las específicas del género propio de las «resoluciones judiciales». Estas exigencias derivadas de la motivación de la resolución y de su correcta expresión por escrito están íntimamente unidas: el razonamiento jurídico persigue persuadir sobre la razonabilidad de la decisión y su justicia, para lo que precisa del uso correcto del lenguaje, que a su vez está también ligado a la lógica jurídica; y el empleo adecuado de la lengua y las reglas de redacción facilitan no solo el conocimiento y la comprensibilidad de lo que se decide y por qué se decide, sino también su precisión y corrección.

De este modo, la aspiración a dictar resoluciones justas abarca también su correcta redacción. Las sentencias deben estar escritas con corrección, claridad y precisión. Y no por un mero prurito literario, sino como una exigencia de la justicia de la decisión. Por eso el juez, como cualquier jurista, «ha de conocer bien la propia lengua y las peculiaridades del lenguaje jurídico, porque de su correcta expresión depende, en muchos casos, la justa solución de los problemas»¹.

Para mejorar la «expresión escrita hace falta interés, querer escribir bien. Lo que presupone caer en la cuenta de que las cosas se pueden decir mejor. Y el modo de mejorar es tener presentes los criterios objetivos de corrección de estilo, prestar atención a la hora de escribir y corregir con atención todo lo que escribimos»².

En el marco de esta aspiración (de justicia), tiene sentido la colaboración que el lingüista puede prestar al juez: ayudarle a ser consciente del uso que hace del lenguaje y generarle la sana inquietud de escribir con mayor corrección, claridad y precisión.

Este artículo discurre por este cauce de colaboración. Contiene reflexiones y sugerencias propias del lingüista sobre cómo se pueden redactar mejor las sentencias, tamizadas por la experiencia de un juez. En la medida en que los destinatarios son juristas y no lingüistas, el lenguaje

¹ JIMÉNEZ-YÁÑEZ, *Escribir bien es de justicia*, 2.ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur menor, 2016, p. 16.

² SANCHO GARGALLO, «Judge craft: el oficio o arte de juzgar», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4), 15, 2020, p. 457.

empleado en este artículo está ayuno de tecnicismos (de la lingüística) ajenos al conocimiento común.

1.2. El género literario de la resolución judicial

La sentencia, y en general la resolución judicial, constituye un género literario propio, dentro del más general de la literatura jurídica. La libertad del autor está restringida, de hecho no surge por su propia iniciativa, sino que constituye un acto debido que proviene de la obligación de resolver y de hacerlo por escrito. El juez no juzga porque quiere y como quiere. La Justicia, como proclama el art. 117 de la Constitución, «emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial...». Al resolver los casos que le corresponden, el juez hace uso de un poder del Estado, el judicial. Aunque las sentencias sean firmadas por uno o varios jueces, son resoluciones que emanan de un tribunal del Estado. Y esto enmarca la libertad literaria del autor de una sentencia³.

Por otra parte, el objeto de la resolución le viene impuesto al juez, quien debe ajustarse a la cuestión litigiosa y a la finalidad de la resolución que es plasmar el resultado del enjuiciamiento que incluye no solo la decisión, sino también su motivación jurídica.

La estructura de la resolución viene predeterminada por las normas procesales. Con carácter general, después de un encabezamiento que permite identificar al tribunal, el caso objeto de enjuiciamiento y las partes, las normas procesales suelen prescribir que haya: un apartado dedicado a los antecedentes de hecho, que constituye un reseña de las actuaciones procesales que han conducido a la resolución que se dicta; los fundamentos jurídicos, que contiene propiamente la motivación jurídica; y el fallo o parte dispositiva, que es el contenido de la decisión.

La exigencia de corrección, claridad y precisión que debe cumplir una resolución judicial afecta a las tres partes, aunque de distinta manera. Los antecedentes de hecho dejan escaso margen a creación literaria, pues se trata de una reseña obligada de hechos o actuaciones procesales, ordinariamente ordenadas por un criterio cronológico, que, eso sí, deben estar bien redactadas. Los fundamentos jurídicos son la parte principal de la resolución judicial, contienen propiamente el enjuiciamiento y la motivación de la resolución, y en su redacción se concentra la labor judicial de «dictar sentencia»⁴, y por ello sobre esta parte se proyectan principalmente las exigencias de corrección, claridad y precisión que desarrollaremos más adelante. El fallo o parte dispositiva contiene estrictamente la decisión y, aunque pueda parecer sencilla, requiere una especial atención por el juez para redactarla de forma clara, completa y precisa, y que sea congruente con lo que ha sido objeto de enjuiciamiento.

Centrado en la fundamentación jurídica de la resolución judicial, el juez, sin desatender a su objeto y a su carácter funcional, goza de cierta libertad en su redacción. No solo respecto de su

³ No han faltado denuncias al CGPJ por la forma en que un juez se había pronunciado. Así, por ejemplo, en el año 1999 se abrió expediente disciplinario por falta leve a un juez de familia que había dictado una sentencia que, entre otras licencias literarias, hacía rimas con los apellidos de lo litigantes:

«Procede acceder a la separación que imploran tanto el señor Triana, al que no le da la real gana de soportar la tensión, como la señora Sarmiento, que no sufriendo escarmiento, tras su primer tropezón, persiste en el mismo tono, y aduciendo el abandono, suplica una solución».

⁴ SANCHO GARGALLO, «Judge craft: el oficio o arte de juzgar», p. 458.

extensión, sino también y fundamentalmente en relación con el estilo literario, que debe tener, además, un marcado carácter argumentativo. En cualquier caso, el juez, guiado por el propósito concreto de la sentencia que debe dictar, debe esforzarse por redactarla bien.

Si, con carácter general, «escribir bien [...] presupone reflexionar, ser ordenado, claro, poseer capacidad de análisis y de síntesis, usar bien el idioma, dominar [...] el léxico, saber acomodar lo que hay que decir al objetivo y destinatario del discurso»⁵, redactar una sentencia requiere, además, haber estudiado muy bien el caso y reflexionado lo suficiente para concluir la resolución, unida a una claridad mental para exponer de forma ordenada y comprensible las razones que conducen a la decisión.

Dejando claro que no se trata de uniformar los estilos, sino de que cada juez desarrolle el suyo propio, sin embargo, sí cabe exigir que siga una estructura lógica, los razonamientos sean comprensibles y emplee un lenguaje correcto, claro y preciso⁶.

1.3. Escribir con corrección, claridad y precisión

El juez debe aspirar a escribir sus sentencias con corrección, claridad y precisión, como de propósito venimos reiterando, no por un mero prurito literario, sino por justicia. Para esto conviene evitar tanto el estilo barroco y ampuloso como la simplificación que lleva a suprimir matices relevantes.

En el ámbito anglosajón, a mediados del siglo XX surgió el movimiento *Plain English* para renovar el lenguaje jurídico en lengua inglesa, que había quedado excesivamente arcaico e incomprensible para quienes no eran profesionales del derecho. La influencia de este movimiento subyace en el impulso para mejorar el lenguaje jurídico en lengua española, desde los años 90, entre cuyos logros se encuentra la elaboración del «El libro de estilo de la Justicia» en el año 2017, un trabajo promovido por la Real Academia de la Lengua y el Consejo General del Poder Judicial, y dirigido por Santiago Muñoz Machado⁷.

El propósito de ese movimiento es loable, siempre que se pretenda modernizar el lenguaje jurídico y administrativo, pero no vulgarizarlo⁸.

En la fundamentación jurídica de una sentencia, los jueces necesariamente han de emplear un lenguaje técnico-jurídico, sobre todo cuando los términos encierran una significación jurídica muy precisa. Pero esto no está reñido con escribir bien, esto es, emplear un estilo claro y, en la medida de lo posible, directo que facilite conocer la razón de la decisión y comprenderla, que no

⁵ CASADO, *Lenguaje, valores y manipulación*, Eunsa, Pamplona, 2010, p. 39.

⁶ SANCHO GARGALLO, «Judge craft: el oficio o arte de juzgar», p. 457.

⁷ Una exposición de los distintos hitos hasta llegar a esta obra clave se encuentra en: MONTOLÍO, «La clarificación del discurso judicial. Estado de la cuestión y propuestas lingüísticas de optimización», *Revista del Ministerio Fiscal*, 8, 2019, pp. 74-76.

⁸ Así lo advertía, el magistrado Miguel Pasquau: «sin despreciar en absoluto los necesarios esfuerzos por la modernización del lenguaje jurídico que ha ocupado a una Comisión de gentes que saben de Derecho y de escritura, no soy partidario de sobredimensionar el principio de acercamiento del lenguaje jurídico al lenguaje común, al menos en el ámbito de la jurisprudencia. Modernización no puede ser vulgarización. Si el lenguaje jurídico es técnico y especializado, si por tanto requiere una fase de iniciación, es por algo» (PASQUAU LIAÑO, «Lenguaje jurisprudencial y motivación de las sentencias», en JIMÉNEZ LIÉBANA (coord.) *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García*, Aranzadi y Universidad de Jaén, 2012, pp. 111-124).

quiere decir compartirla. Sobre todo, han de evitar el abuso de arcaísmos que no aportan precisión y con frecuencia entorpecen la comprensión, pues distraen del hilo lógico del razonamiento. Y, en el fondo, se ha de huir del lenguaje críptico, que esconde la razón de la decisión⁹.

En principio, bastaría con seguir los criterios objetivos plasmados en el *Libro de estilo de la Justicia*, que no solo aseguran la corrección en el empleo del lenguaje, sino que también contribuyen a la claridad de las sentencias. Pero esto presupone caer en la cuenta de que se puede redactar mejor y prestar atención, al escribir la sentencia, para evitar algunas malas prácticas que están, por desgracia, muy arraigadas y extendidas¹⁰.

Con este propósito, vamos a exponer a continuación algunas pautas que, partiendo de algunos errores comunes mencionados en el «Libro de estilo de la justicia» y por juristas y lingüistas que han investigado el lenguaje jurídico, faciliten el sano deseo de mejorar en la redacción de las resoluciones judiciales.

2. Pautas y errores más comunes

2.1. Pensar antes de escribir

A la hora de escribir una resolución judicial, conviene tener presente, además de las características de este género, un elemento clave de la configuración de los párrafos y las oraciones, de conceptos gramaticales y de palabras adecuadas: la escasez de tiempo. La excesiva carga de trabajo de los jueces supone un obstáculo que salvar para que las resoluciones estén bien escritas.

En atención a esta escasez de tiempo, puede resultar muy útil, tanto en el inicio del proceso de escribir como en el final, tener en consideración la necesidad de pensar bien antes de redactar y de revisar lo escrito. Ahora nos centraremos sucintamente en el inicio del proceso.

Los tratados clásicos de Retórica proponen tres pasos para preparar el discurso (que se aplican a la resolución judicial, en el artículo que nos ocupa): *intelectio*, *inventio* y *dispositio*. Esos tres pasos se pueden incluir en el inicio de la redacción de una resolución: saber la naturaleza de lo que va a tratarse (*intelectio*), dar con los argumentos que se expondrán (*inventio*) y organizarlos de forma coherente y persuasiva (*dispositio*). En definitiva, dedicar tiempo a pensar lo que se ha de escribir y cómo.

John Henry Newman lo expresó con acierto, en el siglo XIX: «La regla es: piensa primero y escribe después. No escribas si no tienes nada que decir. Si no lo haces, vas a armarte un lío fenomenal»¹¹.

2.2. Párrafos breves y de una idea

El párrafo es tan importante como la frase. Churchill se percató de su importancia: «Cada párrafo debe abarcar un episodio bien diferenciado y, al igual que las frases, deben continuar unos tras

⁹ SANCHO GARGALLO, «Judge craft: el oficio o arte de juzgar», p. 460.

¹⁰ SANCHO GARGALLO, «Judge craft: el oficio o arte de juzgar», p. 461.

¹¹ NEWMAN, *La idea de la Universidad*, Encuentro, Madrid, 2014, p. 138.

otros en armoniosa secuencia, encajar entre sí como los enganches automáticos de los vagones del ferrocarril»¹². Como lo ilustraba un veterano periodista, «el párrafo facilita la lógica del discurso y es la brújula que orienta al lector en el mar de la prosa»¹³.

El párrafo debe tener una unidad de sentido, por tanto, conviene escribir párrafos de una idea. Esta pauta debe respetarse en las resoluciones judiciales que, con cierta frecuencia, contienen párrafos de extensión considerable en los que se acumulan diversas ideas, lo que dificulta su comprensión.

Además, el párrafo debe presentar una extensión razonable que invite a la lectura, porque la forma del texto impacta en la capacidad de entender lo que se expresa. Puede servir de pauta orientativa la recomendación que hacen los manuales de estilo de medios de comunicación españoles de escribir párrafos de 100 palabras o de 5 oraciones como máximo o de entre 3 y 20 líneas¹⁴. La resolución judicial, en la medida en que es eminentemente argumentativa, puede requerir en algún caso párrafos más largos, pero siempre que cada uno de ellos contenga una idea. Lo mejor sería moverse entre una horquilla de 5 a 20 líneas. Esta medida, además, facilita que el lector retenga mejor las ideas que si se tratase de un párrafo excesivamente largo.

Para ilustrarlo podría servir este ejemplo de distribución de ideas en párrafos, extraído de una reciente sentencia del TS en la que se distribuyen las ideas con orden y se desarrolla el razonamiento, encadenando puntos y seguidos sin necesidad de emplear oraciones subordinadas:

«La pretendida creación intelectual de cada lidia, atribuible al torero, participa de un argumento común: el torero se enfrenta a un toro bravo, a quien intenta dominar y finalmente matar, eso sí, con la pretensión de hacerlo de forma artística. Esta faena se desenvuelve en una secuencia de actos en cierto modo pautada, en cuanto que se desarrolla en tres tercios (varas, banderillas y muleta), además de la muerte del toro, y está previsto el contenido de cada uno de ellos, el lugar en que se ha de desarrollar y la función que ha de realizarse.

»Por otra parte, en la lidia del toro destacan dos aspectos que escapan a la protección como obra de propiedad intelectual: la técnica y la habilidad del torero. Forma parte de su saber hacer proyectado en cada faena el conocimiento que tiene de los toros y su capacidad de entender el que en ese caso le corresponde torear, que le permite adaptarse a su comportamiento (provocar una salida, encauzar el curso del animal, dirigirlo con un movimiento de brazo o de muñeca, etc.), así como su colocación respecto del toro. También la habilidad desarrollada con el capote, la muleta y la espada, para realizar una concreta faena, que no dejan de ser destrezas.

»7. Partiendo de lo anterior, la creación intelectual atribuible al torero, a su talento creativo personal, estaría en la interpretación del toro que le ha correspondido en suerte, al realizar la faena, en la que además de la singularidad de ese toro, influiría mucho la inspiración y el estado anímico del torero. Esta creación habría de plasmarse en una expresión formal original, que en este caso podría llegar a ser la secuencia de movimientos, de los pases realizados por el torero, que para ser originales deberían responder a opciones libres y creativas, o a una combinación de opciones con un

¹² CHURCHILL, *Mi juventud*, Almed, Granada, 2020, p. 189.

¹³ GOMIS, «Defensa del párrafo», *La Vanguardia*, 24 enero 1994.

¹⁴ MONTOLÍO, «La clarificación del discurso judicial. Estado de la cuestión y propuestas lingüísticas de optimización», p. 78.

reflejo estético que proyecte su personalidad. Y, en cualquier caso, esta expresión formal original debería poder ser identificable con precisión y objetividad.

»Es aquí donde, en aplicación de la doctrina del TJUE, expuesta primero en la sentencia de 13 de noviembre de 2018 (C-310/17), *Levola Hengelo*, y reiterada después en la sentencia de 12 de septiembre de 2019 (C-683/17), *Cofemel*, radica el principal escollo para que pueda reconocerse a la lidia del toro la consideración de obra objeto de propiedad intelectual. La pretendida creación intelectual (artística) debería quedar expresada de forma que pudiera identificarse con suficiente precisión y objetividad, aun cuando esta expresión no fuera necesariamente permanente (STJUE de 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo*, C- 310/17). Ha de ser expresada de forma objetiva para que tanto quienes deban velar por la protección de los derechos de exclusiva inherentes al derecho de autor, como los particulares, puedan estar en condiciones de conocer con claridad y precisión el objeto protegido (SSTJUE 13 de noviembre de 2018, *Levola Hengelo*, y 12 de septiembre de 2019, *Cofemel*).

»En la lidia de un toro no es posible esa identificación, al no poder expresarse de forma objetiva aquello en qué consistiría la creación artística del torero al realizar una concreta faena, más allá del sentimiento que transmite a quienes la presencian, por la belleza de las formas generadas en ese contexto dramático. Por esta razón no cabe reconocerle la consideración de obra objeto de propiedad intelectual».

2.3. Oraciones de 30 palabras

En el ejemplo anterior, además de la acertada distribución de ideas en los párrafos y del uso adecuado de los puntos y seguidos, sobresale otro rasgo: la extensión proporcionada de las oraciones.

Uno de los principales defectos que se aprecia en la lectura de las sentencias es el empleo de oraciones muy largas, ordinariamente por el abuso de oraciones subordinadas. Es cierto que el carácter argumentativo de la sentencia exige tener en cuenta distintos elementos al realizar un razonamiento. Pero para redactarlo no es necesario incluirlos todos en una misma oración, a través de frases subordinadas, sino que también pueden anudarse las frases a través de oraciones más breves, mediante un buen conector, cuando sea necesario. El razonamiento no tiene por qué perder precisión y, al mismo tiempo, gana en claridad porque facilita su lectura y comprensión. Además, la oración larga suele arrostrar mayores dificultades de construcción¹⁵. Y cuanto más larga es la frase más dificultades presenta para comprender los conceptos que expresa.

Véase un buen ejemplo, tomado de una sentencia de una Audiencia Provincial, que forma un párrafo de una dimensión equilibrada con oraciones de extensión razonable:

«Tampoco consideramos obstáculo de peso el perjuicio de acceder al ascensor por los comedores de las viviendas y la pérdida de parte de una ventana. Se trata de pisos de 55 metros cuadrados (informe pericial) y el acceso actual desde las escaleras también lo es al salón-comedor. La eliminación de la barrera arquitectónica se estima de mayor relevancia».

El ejemplo anterior podemos contrastarlo con otro, procedente de otra sentencia de una Audiencia Provincial, que claramente constituye un ejemplo negativo. Se trata de un solo párrafo sin ningún punto y seguido, que está mal puntuado, con erratas y que resulta difícil de entender:

¹⁵ PRIETO DE PEDRO, *Lenguas, lenguaje y Derecho*, Civitas, Madrid, 1991, p. 180.

«Se alega falta de legitimación pasiva, de Importman Building SAU respecto de los tres de los cuatros pagarés reclamados sustentado sobre la base de que se lee en la antefirma Construcciones Deportivas Importman Building SAU recogiendo el anterior y el actual nombre de la sociedad que se modifico por cambio de denominación social., que se produjo el 25 de marzo de 2013, estimando que se tratan de dos sociedades distintas y que por tanto no puede reclamarse a Importman Building SAU los pagares, estimando que los pagares correspondientes a los num. 3 4 y 5 corresponde a la sociedad Staff Infraestructura SLU, y en consecuencia a Importman Building SAU no puede reclamárseles los mencionados pagos, pues bien como indica la recurrida en su escrito del recurso, la hoy apelante, asumió el pago de los mismos como se deduce del documento aportado con la contestación a la demanda en la que le comunicaba a la hoy actora que asumirían el pago de los pagarés por incumplimiento contractual de la entidad Construcciones y Rehabilitaciones Suárez S. L., así como todas las comunicaciones que se realizaron por la actora con la entidad demandada, las y respondió incluso la persona física que asumió la contestación sobre la corrección de los pagarés y a su vez fue la misma que la emplazaron, luego por lo tanto estamos hablando de la misma mercantil, tanto es así que el documento aportado con la oposición a la demanda cambiaría, bajo el ordinal num. 164, tras recoger que no harán frente a los pagos por incumplimiento contractual, fue firmado tanto por Importman Building SAU como Informan Staff Infraestructura S.LU, y lógicamente nadie puede ir contra sus propios actos como de forma reiterada recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, asumió dicha titularidad, amén de que en la antefirma de los pagarés consta Construcciones Deportivas Informan, Sociedad Anónima, cuyo cambio de denominación se produjo tras su publicación en le BORM el 25 de marzo de 2013, pero no obstante como hemos dicho consta en la antefirma dicho denominación, pese a que los pagarés se libraron en agosto de 2014, todo ello implica que nadie puede ir contra sus propios actos, y con ello no puede estimarse al excepción planteada».

2.4. Uso de la voz activa

Aunque se trate de una construcción correcta en la lengua española, el uso de la pasiva «aleja el lenguaje del ciudadano»¹⁶. Es preferible usar la voz activa en vez de la pasiva, porque percibimos con más claridad las oraciones en estilo activo¹⁷.

Recordemos que existen los siguientes tipos de pasiva:

Pasiva perifrástica: *El juzgado fue inaugurado por el ministro.*

Pasiva refleja: *Se inauguró el juzgado.*

Como ya hemos mencionado, es mejor escribir oraciones en estilo activo para que el lector reciba con claridad el mensaje que queremos transmitir. Esto es así porque una oración en voz activa sitúa al autor de la acción del verbo en primer término, y además coincide el autor de la acción con el sujeto.

Por otra parte, en vez de la pasiva perifrástica, en castellano suele usarse también la pasiva refleja, por su ligereza y flexibilidad:

Activa: *El Congreso aprobó la nueva ley.*

¹⁶ COMISIÓN INTERMINISTERIAL PARA LA MODERNIZACIÓN DEL DISCURSO JURÍDICO, *Informe de recomendaciones*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, p. 10.

¹⁷ JIMÉNEZ-YÁÑEZ, *Escribir bien es de justicia*, p. 43.

Pasiva perifrástica: *La nueva ley fue aprobada por el Congreso.*

Pasiva refleja: *Se aprobó la nueva ley.*

Aunque, en ocasiones, es útil usar la voz pasiva, porque se quiere omitir el responsable de la acción: *Cuando el denunciante fue agredido [por mi cliente] eran las 3 de la mañana.* También porque en la forma activa el sujeto es largo (en voz pasiva pasaría a ser el complemento agente). Cuando se quiere omitir el agente de la acción (*la sentencia fue dictada*). Por último, se recomienda emplear la voz pasiva, «siempre que pretendamos poner el énfasis en el objeto de la acción, del proceso, en lugar de en el sujeto del discurso, destacamos la acción en sí en lugar del actor o describimos un suceso, un antecedente, una vez que ha tenido lugar»¹⁸.

En el siguiente fragmento de una sentencia de Audiencia Provincial se incluye una oración en pasiva:

«Esto corrobora a su vez la hipótesis fáctica según la cual entre el momento en que se produjo la colisión con el vehículo Ford Focus y el momento en que **el Sr. Evaristo fue localizado por la policía inconsciente en el interior del vehículo**, éste no abandonó en ningún momento el vehículo para ingerir alcohol, pues de haber sido así no se explicaría que todavía presentara una herida abierta en la cabeza».

Si se redacta la oración pasiva en voz activa, el texto gana en claridad:

Esto corrobora a su vez la hipótesis fáctica según la cual entre el momento en que se produjo la colisión con el vehículo Ford Focus y el momento en que **la policía localizó al Sr. Evaristo inconsciente en el interior del vehículo**, éste no abandonó en ningún momento el vehículo para ingerir alcohol, pues de haber sido así no se explicaría que todavía presentara una herida abierta en la cabeza.

Otro ejemplo, proveniente de un Juzgado Mercantil, de oración en pasiva que impide la claridad:

«Ese deber de colaboración es el que se encuentra recogido también en la Exposición de Motivos de la LSSI [Ley de Servicios de la Sociedad de la Información] y que, **ha sido cumplimentado debidamente por la demandada** mediante los sistemas de detección notificación y verificación implantados».

La oración anterior escrita en voz activa resulta más fácil de entender:

Ese deber de colaboración es el que se encuentra recogido también en la Exposición de Motivos de la LSSI [Ley de Servicios de la Sociedad de la Información] y que **la demandada ha cumplimentado debidamente** mediante los sistemas de detección notificación y verificación implantados.

2.5. El orden de la oración

El correcto orden de la oración constituye una regla fundamental para mejorar la legibilidad de las sentencias, como propone un jurista y novelista:

¹⁸ SALVADOR CODERCH, «El oficio de la buena prosa legal», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 16, editorial, 2018, p. 18.

«Si alguien me preguntara cuál de todas las reglas generales de nuestro lenguaje y de las especiales del jurídico considero más fundamental para la mejora de la legibilidad de las sentencias no dudaría ni un segundo. Me quedaría sin titubeos con la de la estricta observación de las prescripciones gramaticales elementales del buen escribir; es decir, con aquello que recuerda algo propio del primer cimiento educativo y a menudo es olvidado: el correcto orden en la composición de las oraciones con el adecuado encadenamiento del sujeto, verbo, complemento directo, indirecto y circunstancial»¹⁹.

Se trata de una regla fundamental y sencilla, a la vez. Basta con componer oraciones con ese orden. Este adecuado encadenamiento de la oración debería empezar por el inicio de la sentencia y superar un arcaísmo que todavía perdura en muchas resoluciones judiciales.

Así, por ejemplo, este enunciado, que sigue un modelo muy común, no respeta el orden de sujeto, verbo, complemento directo y complemento indirecto:

«Visto en juicio oral y público ante la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial el Procedimiento Abreviado n.º 2955/2012 procedente del Juzgado de Instrucción nº 46 de Madrid, seguida de oficio por un delito de detención ilegal [...]».

Si se respetara ese orden, se ganaría en claridad (*Sujeto: «La Sección Séptima de esta Audiencia Provincial»; verbo: «ha visto», complemento directo: «el Procedimiento Abreviado...»*):

«La Sección Séptima de esta Audiencia Provincial ha visto el Procedimiento Abreviado...».

Como complemento a esta pauta, cabe añadir que, si los protagonistas reales de lo que se explica coinciden con el sujeto y objeto gramaticales, la frase gana transparencia. Un lingüista denomina esta pauta “que actúen los actores”²⁰.

2.6. Uso del gerundio

El gerundio es una forma verbal muy empleada en el lenguaje jurídico. El uso correcto de esta forma proporciona un efecto estilístico de continuidad o duración²¹, y transmite actividad:

La secretaria del juzgado desempeñó sus funciones, respetando las normas vigentes.

Por el contrario, el abuso de este verbo proporciona a la prosa monotonía, pesadez y grandilocuencia como se puede advertir en este fragmento de una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia:

«Como se aprecia en la sucesión de los hechos que se declaran probados, cada cambio del lugar de trabajo ha venido **ocasionando** una progresiva merma de las atribuciones encomendadas a la demandante, primero **privándole** de funciones en materia de personal, e incluso **indicando** a los trabajadores que prescindieran de dirigirse a ella (testimonio de la Sra. H.), seguidamente **habiéndosele** suprimido el personal a su cargo ya en el año 2001 y **siéndole** asignadas funciones ajenas a las de un Jefe Administrativo, como las relativas a la preparación del sello de calidad ENAC

¹⁹ CAZORLA PRIETO, «El lenguaje de las sentencias», *Abogados*, n.º 98, junio 2016, p. 16.

²⁰ CASSANY, *La cocina de la escritura*, Anagrama, Barcelona, 2011, p. 111.

²¹ JIMÉNEZ-YÁÑEZ, *Escribir bien es de justicia*, p. 85.

en las condiciones que se describen en el ordinal décimo, es decir **limitándole** a confeccionar las fichas de los trabajadores **siguiendo** las instrucciones que pudiera darle el responsable de calidad [...]».

En el fragmento citado, basta cambiar los gerundios por formas verbales personales (*privándole: se le privó*) y separar algunas oraciones por puntos y seguido para que el texto sea claro y comprensible.

El empleo contrario a la norma de estas formas verbales es habitual en los textos jurídicos. En una sesión de formación judicial, impartida en marzo de 2021, al preguntar por qué se suele emplear mal esta forma verbal en las resoluciones judiciales, una magistrada dio una respuesta muy ilustrativa: «la usamos como si fuera cemento» para unir ladrillos. Aunque se trate de una explicación poco académica, es reveladora de la causa del uso erróneo de este verbo.

Conviene tener presente el uso correcto del gerundio. Esta forma expresa generalmente una acción simultánea o anterior a la del verbo principal. Veamos un ejemplo de un gerundio de acción anterior (*teniendo*) al verbo al que complementa (*se considera*), que procede de una sentencia del Tribunal Constitucional:

«En este supuesto, **teniendo** en cuenta que la testigo ya no era esposa del acusado cuando compareció en el plenario a prestar declaración, [...] se considera que su testimonio ha de considerarse válido».

Y, a continuación, un gerundio (*atendiendo*) cuya acción es simultánea a la forma verbal (*interpreta*) que complementa, proveniente de una sentencia de una Audiencia Provincial:

«Ahora bien, el TSJC interpreta el artículo 553-25.6 del CCC, **atendiendo** a la evolución legislativa en la materia y a la realidad social actual [...]».

Son frecuentes en el lenguaje jurídico dos usos del gerundio contrarios a la norma. En primer lugar, el gerundio nunca debe utilizarse para señalar una acción posterior a la que indica el verbo al que complementa como puede apreciarse en este ejemplo extraído del Fallo de una sentencia:

«Que debo desestimar y desestimo íntegramente la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda, **imponiendo** a la actora las costas causadas en el presente procedimiento».

Se proponen las siguientes alternativas para evitarlo:

a) Sustituirlo por una oración coordinada:

«La defensa, en igual trámite, manifestó su total disconformidad con las acusaciones, **solicitando** la libre absolución».

Esta oración se escribiría correctamente de esta forma:

La defensa, en igual trámite, manifestó su total disconformidad con las acusaciones **y solicitó** la libre absolución.

b) Sustituirlo por un verbo personal, separado por medio de un punto:

«De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, procede otorgar el amparo solicitado, **reconociendo** que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) del actor».

El texto anterior quedaría corregido así:

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, procede otorgar el amparo solicitado. **Además, se reconoce** que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) del actor.

En cuanto a este uso del gerundio:

Se denunció la desaparición del joven, **siendo** hallado dos semanas después.

La Fundéu (Fundación del español urgente) afirma que no es un uso incorrecto, pero sí poco elegante y que se puede sustituir de esta forma:

Se denunció la desaparición del joven, y **fue hallado** dos semanas después²².

En segundo lugar, el gerundio no puede complementar a un nombre porque es una forma de naturaleza adverbial, además de verbal. En lengua castellana, resulta infrecuente que un adverbio complemente a un nombre. Además, lo habitual es que complemente a otro verbo, como se aprecia en los ejemplos anteriores. No debemos olvidar que el gerundio señala acción.

Estos dos fragmentos de resoluciones judiciales, el primero del Tribunal Supremo y el segundo del Tribunal Constitucional, emplean sendos gerundios contrarios a la norma:

«Tal colegio, en su condición de tal, está sometido a un régimen fiscal especial, en el impuesto sobre sociedades, como entidad parcialmente exenta -art. 9.3 TRLIS 2004, que enumera cuáles son estas entidades, **incluyendo**, entre otras muchas, los colegios profesionales- en relación con los artículos 120 y ss. del propio TRLIS, que regula en el Capítulo XV del Título VII, este régimen especial».

«[...] la certificación aludida no está sometida a plazo de caducidad y se acompaña de la correspondiente resolución administrativa **autorizando** indistintamente a los Letrados del Servicio Jurídico para interponer el presente recurso de amparo».

Lo correcto es utilizar una oración de relativo en cada caso:

Tal colegio, en su condición de tal, está sometido a un régimen fiscal especial, en el impuesto sobre sociedades, como entidad parcialmente exenta -art. 9.3 TRLIS 2004, que enumera cuáles son estas entidades, **que incluye**, entre otras muchas, los colegios profesionales- en relación con los artículos 120 y ss. del propio TRLIS, que regula en el Capítulo XV del Título VII, este régimen especial.

[...] la certificación aludida no está sometida a plazo de caducidad y se acompaña de la correspondiente resolución administrativa **que autoriza** indistintamente a los Letrados del Servicio Jurídico para interponer el presente recurso de amparo.

2.7. El adjetivo «mismo»

²² FUNDÉU, Gerundio, <https://www.fundeu.es/consulta/gerundio-974/> [Consulta 16 agosto de 2021].

En los textos jurídicos, también en las resoluciones judiciales, el adjetivo *mismo* se suele emplear de forma incorrecta para remitir a una idea anterior. En cambio, esta palabra se usa correctamente cuando significa identidad, igualdad y semejanza. En los siguientes fragmentos de una Audiencia y del Tribunal Supremo se emplea con estos significados:

«El Ministerio Fiscal se alza contra la sentencia dictada en primera instancia invocando, como motivo primero y único de su recurso, el de infracción de precepto legal por indebida inaplicación del artículo 392 del Código Penal, en relación con el artículo 390.1, 1º y 2º del **mismo** texto legal».

«Como consecuencia del carácter del Registro, y de los efectos de la inscripción, ha de concluirse, como se hace en la sentencia de instancia, que la exigencia de que se trate de confesiones religiosas inscritas queda cubierta cuando mediante una disposición de rango suficiente, el Estado reconoce a una determinada confesión esa misma personalidad jurídica y los **mismos** efectos que, de otra forma, se derivarían de la inscripción».

Como decíamos, en algunos textos jurídicos, *el mismo* se emplea frecuentemente como elemento anafórico, es decir, para referirse a algo ya mencionado en el texto y este es un uso contrario a la norma. Como ocurre en estos dos fragmentos, el primero de la Audiencia y el segundo del Tribunal Supremo:

«Admitidos a trámite que fueron los expresados recursos, se confirió traslado de los **mismos** a las demás partes para que pudieran formular alegaciones durante el plazo legal».

«De otro lado, tras el expurgo ordenado por el Auto de 27 de marzo dictado por el acusado, y en ejecución del **mismo**, se suprimieron de las transcripciones varias conversaciones que habían sido grabadas [...]».

Los textos anteriores quedarían corregidos así:

Admitidos a trámite los mencionados recursos, se **les** trasladó a las demás partes para que pudieran formular alegaciones durante el plazo legal.

De otro lado, tras el expurgo ordenado por el Auto de 27 de marzo dictado por el acusado, y en **su** ejecución, se suprimieron de las transcripciones varias conversaciones que habían sido grabadas [...].

Basta con emplear un pronombre personal (*le*) o un determinante (*su*) para remitir a un elemento anterior, en lugar de *mismo*.

2.8. Uso de «lo cual» para enlazar y recapitular

El relativo *lo cual* (*la cual*, *los/las cuales*) también se emplea con mucha frecuencia en los textos jurídicos²³. Esta forma exige un referente explícito y su uso solo resulta natural cuando va precedido de una preposición (*Una ley en la que se especifican los lugares donde se pueden celebrar este tipo de reuniones*). Sin preposición solo puede introducir relativas explicativas separadas por comas; no obstante, en estos casos es preferible substituirlo por un pronombre demostrativo y dividir el enunciado por un punto. Para ilustrar esta cuestión, mostramos un fragmento de una resolución de Audiencia Provincial en el que «lo cual» no se usa con un referente explícito:

²³ MUÑOZ MACHADO (dir.), *Libro de estilo de la justicia*, Espasa/Real Academia Española, Madrid, 2017, p. 79.

«En segundo lugar, no puede pasarse por alto que en el momento de su localización el condenado se hallaba inconsciente y presentaba una herida en la cabeza, **lo cual** refuerza y corrobora a su vez la hipótesis fáctica según la cual entre el momento en que se produjo la colisión con el vehículo Ford Focus y el momento en que el Sr. Evaristo fue localizado por la policía inconsciente en el interior del vehículo, éste no abandonó en ningún momento el vehículo para ingerir alcohol».

En cambio, el texto ganaría en claridad si elimináramos el relativo y empleáramos el sintagma «este hecho»:

En segundo lugar, no puede pasarse por alto que en el momento de su localización el condenado se hallaba inconsciente y presentaba una herida en la cabeza. **Este hecho** refuerza y corrobora a su vez la hipótesis fáctica según la cual entre el momento en que se produjo la colisión con el vehículo Ford Focus y el momento en que el Sr. Evaristo fue localizado por la policía inconsciente en el interior del vehículo, éste no abandonó en ningún momento el vehículo para ingerir alcohol.

Como enseña el «Libro de estilo de la justicia», este relativo se emplea, asimismo, como recurso para ensartar enunciados y construir párrafos amplios²⁴. Se le denomina «relativo de recapitulación». En este caso las formas *lo que* y *lo cual* aluden a un bloque informativo extenso. Este recurso funciona como un ancla: *La aldea se hallaba atemorizada por las amenazas, lo cual no era conocido por el gobernador*. Estas no son oraciones agramaticales, pero sí alejadas de la redacción común porque dan lugar a párrafos largos y difíciles de entender. Por tanto, es preferible dividir la oración o el párrafo en varios enunciados y comenzar el enunciado nuevo con una referencia más explícita, como hemos indicado en el inicio de esta pauta.

2.9. Elegir las palabras adecuadas y omitir otras

En esta sección, nos centramos en tres propuestas más relacionadas con el empleo de las palabras. El acierto en su elección contribuye a que una resolución judicial sea clara y precisa. En el siguiente fragmento de una sentencia del Tribunal Supremo, se puede comprobar cómo un lenguaje ampuloso impide entender las ideas con claridad:

«Por ello, y de conformidad con la doctrina expuesta, y en atención a la casuística de las circunstancias concurrentes, y tal como aceptaron las demás compañeras en la Sección de Administración, debe prevalecer el horario acordado por la demandada, y si efectivamente consideraba la actora que habían sido coaccionadas por dicho acuerdo, podía haberlas citado a través de requerimiento judicial, con el objeto de hacer valer las consideraciones expuestas en su demanda».

El texto citado emplea expresiones arcaicas y solemnes que no son términos jurídicos y que podrían sustituirse por otras más actuales y sencillas.

Nos atrevemos a sugerir que podrían sustituirse algunas expresiones arcaicas por otras más actuales: al objeto de; a efectos de; en pro de la atipicidad; toda vez; en lo relativo a; por vía de inferencia; el ahora apelante; de conformidad con; en atención a; atinente a; tiene por objeto...

²⁴ MUÑOZ MACHADO (dir.), *Libro de estilo de la justicia*, p. 81.

El uso de estas palabras, además de resultar en muchos casos superfluo, impide la claridad en la expresión de las ideas y aporta un aire algo anticuado a la resolución judicial.

También es conveniente evitar las expresiones de jerga. Empleamos aquí este término, *jerga*, no como «lenguaje de especialidad», sino en la tercera acepción del *Diccionario de la Lengua Española*, de la Real Academia, es decir, «jerigonza, lenguaje difícil de entender»²⁵. Un ejemplo de esto último lo encontramos en esta sentencia del Tribunal Supremo:

«la Sentencia dictada por la Audiencia adolece de una cierta deficiencia en la motivación **en orden a la graduación de la pena**, es lo cierto que, en función de los **parámetros** que se recogen en la **resultancia fáctica** de la Sentencia de primer grado jurisdiccional, la pena ha sido correctamente impuesta [...]».

En lengua castellana, podemos emplear la palabra «datos», en vez de «parámetros»; y la expresión «hechos probados», en vez de «resultancia fáctica». Cabe señalar que el término «parámetro» en ese fragmento está empleado de forma imprecisa. Su uso es correcto cuando un dato constituye un criterio o punto de referencia para calcular o valorar algo.

En algunas sentencias, se emplean palabras vacías que apenas aportan algo. Un ejemplo claro es la locución «el hecho de que», como se aprecia en este fragmento de una sentencia de Audiencia Provincial:

«Al respecto, la juez afirma que desconoce si **el hecho de** adoptar cualquier medida que afecte al forjado o a la estructura de la vivienda puede afectar a la estabilidad del edificio».

Este texto podría simplificarse si sustituyéramos esta locución por «la adopción de»:

Al respecto, la juez afirma que desconoce si **la adopción de** cualquier medida que afecte al forjado o a la estructura de la vivienda puede afectar a la estabilidad del edificio».

Otra palabra que suele emplearse con demasiada frecuencia es «presente». Cuando se pretende especificar el recurso, para evitar equívocos con otras actuaciones anteriores, tiene sentido emplearla. Sin embargo, en muchos casos, resulta innecesario y por ello puede suprimirse; y en otros casos se podría sustituir por el determinante «este»:

«PRIMERO El **presente** recurso, interpuesto por la representación de doña M. A. I. T., tiene por objeto la resolución del Ministerio de Justicia de fecha 27 de septiembre de 2000, por la que se aprobó expediente y autorizó a don José Luis O. P. para utilizar como apellidos N. M».

PRIMERO **Este** recurso, interpuesto por la representación de doña M. A. I. T., tiene por objeto la resolución del Ministerio de Justicia de fecha 27 de septiembre de 2000, por la que se aprobó expediente y autorizó a don José Luis O. P. para utilizar como apellidos N. M».

2.10. Algunos usos de la coma

²⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, «jerga», <https://dle.rae.es/jerga> [Consulta 16 agosto 2021].

La coma es un signo de puntuación poderoso que puede cambiar el sentido de una oración. Es conocido el caso de la coma que hizo perder un millón de dólares canadienses y llegó a ser noticia del New York Times el 25 de octubre del 2006²⁶.

En la página web de la Real Academia Española se exponen los usos principales de este signo²⁷. No está de más que recordemos algunos en esta sección.

Conviene tener presente que la coma no debe separar el sujeto del verbo. Aunque la longitud de un enunciado haga necesaria una pausa fónica para respirar, como bien señala un texto de la Fundéu, no resulta adecuado reflejar por escrito dicha interrupción en el habla mediante una coma, ya que rompe la dependencia sintáctica y semántica entre dos grupos estrechamente relacionados²⁸.

Por tanto, en estos textos tomados de distintas resoluciones judiciales, la coma debería eliminarse:

«Interponen este recurso de casación, todos los aludidos acusados en la instancia».

«El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la propiedad intelectual».

«La actora, propugna una hermenéutica más flexible de dicho concepto que posibilita que el conocimiento efectivo dimane de un "órgano competente" no jurisdiccional».

Pero la Real Academia recoge dos excepciones a esta norma. Se escribe coma entre el sujeto y el verbo si en medio se intercala un inciso entre dos comas: *Su pirámide poblacional, con un 50 % de menores de 20 años, ha permitido que los sistemas de salud africanos, los más débiles del mundo, ganen tiempo*. Además, se escribe coma obligatoriamente si el sujeto termina en etcétera o su abreviatura etc.: *Jueces, fiscales, forenses, funcionarios, etc., deben informar de forma urgente a su personal del contagio por coronavirus*.

La coma sirve para marcar incisos. En el siguiente fragmento de una sentencia de un Juzgado Mercantil, se han omitido las comas para delimitar el inciso *a tenor de la reforma operada en el artículo 138 de la Ley de propiedad intelectual*:

«Sostiene la actora que a tenor de la reforma operada en el artículo 138 de la ley de propiedad intelectual es perfectamente posible articular una acción contra los intermediarios a prestadores de servicios, aunque los actos de estos intermediarios no constituyan en sí mismo una infracción».

Este fragmento quedaría mejor redactado de esta forma:

²⁶ GONZÁLEZ SALGADO, «La elección lingüística como fuente de problemas jurídicos», *Revista de Lengua i Dret*, 55, 2011, p. 73-74.

²⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Usos de la coma, <https://www.rae.es/dpd/coma> [Consulta 10 agosto 2021].

²⁸ FUNDÉU, No se escribe coma entre el sujeto y el verbo, <https://www.fundeu.es/recomendacion/entre-sujeto-y-verbo-no-hay-coma/> [Consulta 10 agosto de 2021].

Sostiene la actora que, a tenor de la reforma operada en el artículo 138 de la Ley de propiedad intelectual, es perfectamente posible articular una acción contra los intermediarios a prestadores de servicios, aunque los actos de estos intermediarios no constituyan en sí mismo una infracción.

Se escribe coma ante las oraciones consecutivas introducidas por: *con que, por tanto, por consiguiente*. Así se aprecia en una sentencia del Tribunal de Justicia de UE:

«En el caso de autos, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, a la que hacen referencia los órganos jurisdiccionales remitentes, el Tribunal Supremo determinó que la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo controvertidas no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados antes de la fecha en que se dictó la propia sentencia y que, **por consiguiente**, en virtud del principio de seguridad jurídica, los efectos derivados de tal declaración —especialmente el derecho del consumidor a la restitución— quedaban limitados a las cantidades indebidamente pagadas a partir de aquella fecha».

También separa los conectores en un enunciado, como se lee en esta sentencia de Audiencia Provincial:

«**Finalmente**, habla de reproducir o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito. Este apartado es, **sin duda**, controvertido, pues como se ha indicado la jurisprudencia exige precisamente una "apariencia de legitimidad" que es la esencia de la conducta punible».

Y delimita las oraciones adversativas. Estas oraciones se inician con las palabras: *sino, sino que, pero, sin embargo*, entre otras. Como se distingue en este fragmento del Tribunal Supremo:

«El recurrente no respeta los hechos probados, **sino que** plantea que los datos fácticos que obran en los hechos probados son consecuencia de la introducción de conceptos aportados por los funcionarios policiales provenientes de una declaración sin asistencia letrada».

Acabamos esta pauta con un párrafo que emplea correctamente las comas. Estas separan un inciso (*según precisan las sentencias 1198/2007, de 16 de noviembre*), delimitan conectores (*en definitiva, pues*), marcan una oración adversativa (*aunque se desconozca su cuantía*), y señalan una enumeración (*las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de la adeudado, y las demás circunstancias concurrentes*):

«Esta sala ha seguido el criterio del "canon de razonabilidad" en la oposición a la reclamación del demandante para decidir la procedencia o no de condenar al pago de intereses y para la concreción del *dies a quo* del devengo. Este criterio, según precisan las sentencias 1198/2007, de 16 de noviembre -que cita las de 4 de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio y 2 de julio de 2007- y 451/2008, de 19 de mayo, da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y, en definitiva, a la plenitud de la tutela judicial, ya que toma como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado, y las demás circunstancias concurrentes. Lo decisivo a estos efectos es -como precisa la sentencia 111/2008, de 20 de febrero- la certeza de la deuda u obligación, aunque se desconozca su cuantía».

2.11. Revisión

En el inicio de la exposición de las pautas, mencionábamos la necesidad de dedicar tiempo a pensar en la resolución judicial que se va a escribir. Es comprensible que la carga de trabajo

impida, en ocasiones, que los jueces y magistrados dediquen el tiempo necesario a esta tarea. Pero, en cualquier caso, resulta absolutamente imprescindible revisar la sentencia una vez terminada su redacción. Constituye un mínimo control de calidad que todo juez debería introducir en su método de trabajo. Revisar con calma las sentencias y demás resoluciones judiciales permite advertir errores de transcripción e incorrecciones de sintaxis, además de verificar la inteligibilidad de los razonamientos empleados y la congruencia de la sentencia.

Cuando un solo magistrado firma la sentencia, debería esmerarse en su revisión, por ejemplo, mediante una lectura en voz alta, marcando la puntuación y la acentuación.

La ventaja del tribunal colegiado es que sus resoluciones suelen ser firmadas por varios magistrados. En ese caso, resulta imprescindible que todos lean y revisen antes el borrador de la sentencia escrito por otro ponente, y que dejen constancia de las correcciones o sugerencias que estimen oportunas. Lógicamente, para evitar que los demás componentes de la sala se conviertan en correctores de errores que fácilmente se aprecian con la lectura de la sentencia, el ponente tiene que haberla revisado bien antes de pasarla a los otros miembros del tribunal.

3. Consideraciones finales

Si las resoluciones judiciales se escriben con corrección, claridad y precisión, como son leídas y releídas por juristas, además de cumplir su cometido jurídico, difundirán la escritura correcta, clara y precisa. Por eso podemos hablar del «protagonismo» de las resoluciones judiciales en el buen uso del lenguaje jurídico. Este protagonismo y la consiguiente responsabilidad corresponde, en primer lugar, al Tribunal Supremo. Por la función de casación que tiene encomendada, sus resoluciones generan jurisprudencia, que es invocada y transcrita por otros tribunales inferiores, por los letrados en sus escritos de alegaciones y también por los académicos.

De tal forma que la redacción acertada o deficiente de las sentencias contribuye directamente a mejorar o empeorar el empleo del lenguaje jurídico en particular, e indirectamente también influye en el uso del lenguaje común y del lenguaje literario. No olvidemos la gran incidencia que han tenido algunos buenos tratadistas. En concreto, gracias a la pluma de Joaquín Garrigues y su «Curso de Derecho Mercantil», que «exponía las cosas con sobriedad, exactitud y belleza»²⁹ Miguel Delibes se adentró en el mundo de la narrativa -y alumbró uno de los novelistas eximios de la literatura española-. Así lo explicaba el propio Delibes:

«Su prosa era sencilla, directa, casi ascética. Garrigues era castellano en el decir: llano y desnudo. ¡Pero qué admirablemente exacto! ¡Qué adjetivación inesperada la suya! Esta prosa precisa, desvestida, sin galas, es lo primero que me cautivó de él [...] Pero dentro de su ascetismo -a tono con su figura- Garrigues, llegado el momento, hacía la pirueta, sabía sacarse una metáfora de la manga, una metáfora oportuna, rutilante, divertida, como cuando para demostrar la responsabilidad derivada de una letra de cambio, afirmaba que todo firmante de ella era su esclavo»³⁰.

²⁹ GARCÍA DOMÍNGUEZ, *Miguel Delibes de cerca*, Destino, Barcelona, 2010, p. 119.

³⁰ Citado en GARCÍA DOMÍNGUEZ, *Miguel Delibes de cerca*, p. 120.

Si se atiende a las pautas propuestas en este artículo, nos parece que las sentencias lograrán que la justicia se exprese con más corrección, claridad y precisión.

En algunas facultades de Derecho españolas, los futuros graduados cursan asignaturas de comunicación escrita y oral. No solo por las carencias en este ámbito de los estudiantes, también porque los universitarios necesitan aprender y practicar habilidades de comunicación académica y profesional que son propias de la Universidad. De la misma forma, las habilidades de comunicación concretas de cada profesión -en el caso de este artículo, el de los jueces y magistrados- se deben enseñar a los profesionales que empiezan su cometido y, por qué no, a los que llevan años de ejercicio profesional.

4. Bibliografía

Manuel CASADO, *Lenguaje, valores y manipulación*, Eunsa, Pamplona, 2010.

Daniel CASSANY, *La cocina de la escritura*. 19.^a edición, Anagrama, Barcelona, 2011.

Luis María CAZORLA PRIETO, *El lenguaje jurídico actual*, 2^a edición, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur menor, 2013.

Luis María CAZORLA PRIETO, «El lenguaje de las sentencias», *Abogados*, n.º 98, pp. 14-16, junio 2016.

Wiston CHURCHILL, *Mi juventud*, Almed, Granada, 2020.

COMISIÓN INTERMINISTERIAL PARA LA MODERNIZACIÓN DEL DISCURSO JURÍDICO, *Informe de recomendaciones*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011.

Iria DA CUNHA, *El discurso del ámbito de la Administración: una perspectiva lingüística*, Comares, Granada, 2020.

José María FERNÁNDEZ SEIJO, «Para quién escriben los jueces. Una breve reflexión sobre el lenguaje de la justicia», *Abogados*, pp. 22-25, octubre 2016.

Ramón GARCÍA DOMÍNGUEZ, *Miguel Delibes de cerca*, Destino, Barcelona, 2010.

Lorenzo GOMIS, «Defensa del párrafo», *La Vanguardia*, 24 enero 1994.

José Antonio GONZÁLEZ SALGADO, «La elección lingüística como fuente de problemas jurídicos», *Revista de Llengua i Dret*, 55, 2011, p. 57-79.

Ricardo-María JIMÉNEZ-YÁÑEZ, *Escribir bien es de justicia*, 2^a edición, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur menor, 2016.

Estrella MONTOLÍO, «La clarificación del discurso judicial. Estado de la cuestión y propuestas lingüísticas de optimización», *Revista del Ministerio Fiscal*, 8, pp. 72-95, 2019.

Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.), *Libro de estilo de la justicia*, Espasa/Real Academia Española, Madrid, 2017.

John Henry NEWMAN, *La idea de la Universidad*, Encuentro, Madrid, 2014.

Miguel PASQUAU LIAÑO, «Lenguaje jurisprudencial y motivación de las sentencias». En D. JIMÉNEZ LIÉBANA (coord.) *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García*, Pamplona: Aranzadi y Universidad de Jaén, pp. 111-124, 2012.

Jesús PRIETO DE PEDRO, *Lenguas, lenguaje y derecho*, Civitas, Madrid, 1991.

Pablo SALVADOR CODERCH, «El oficio de la buena prosa legal», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 16, editorial, 2018.

Ignacio SANCHO GARGALLO, «Judge craft: el oficio o arte de juzgar», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4), 15, pp. 446-461, 2020.

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (juny-juliol de 2021)

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació de 10 de juny, dues resolucions de 20 de juny i les de 21 i 27 de juliol de 2021

Sumari

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació de 10 de juny de 2021 (atribució de béns adquirits per un dels cònjuges abans del matrimoni en sentència de separació), 20 de juny de 2021 (acceptació de béns prelegats en plena propietat, quan el testament n'atribuïa la nua propietat), 20 de juny de 2021 (la durada d'una prohibició de disposar: discordança entre l'escriptura de donació i la inscripció), 21 de juliol de 2021 (acceptació de l'herència quan el causant ha previst una administració especial dels béns que rep una menor d'edat) i 27 de juliol de 2021 (usucapió contra tabulas: la manca d'administrador o defensor judicial de l'herència jacent).

Abstract

Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation dated 10 June 2021 (adjudication of assets acquired by one of the spouses prior to the marriage in matrimonial proceedings), 20 June 2021 (testamentary devises of bare ownership and acceptance of full ownership), 20 June 2021 (discrepancies between the deed of donation and registration with regard to the duration of a prohibition to dispose), 21 July 2021 (acceptance of an inheritance on behalf of a minor when the testator provided for a special administration of the assets), and 27 July 2021 (acquisition of property through long-term use: the absence of an administrator of the registered holder's estate).

Title: *Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation (June- July 2021)*

-

Paraules clau: Dret civil català, Registre de la Propietat, recursos governatius, separació matrimonial, adjudicació de béns, interpretació del testament, prohibició de disposar, rectificació registral, administració especial, acceptació de l'herència, usucapió *contra tabulas*, administrador judicial de l'herència.

Keywords: *Catalan private law, Land Registry, Land Registry complaints, matrimonial separation, adjudication of assets, interpretation of wills, prohibition to dispose, acceptance of an inheritance, special administration, usucapio contra tabulas, administrator of the estate.*

4.2021

- 1. Resolució de 10 de juny de 2021 (JUS/1898/2021; DOGC núm. 8442, de 23.6.2021). Atribució de béns adquirits per un dels cònjuges abans del matrimoni en sentència de separació**
 - 1.1. Introducció
 - 1.2. El conveni regulador com a instrument adequat per a l'intercanvi de tot tipus de béns
 - 1.3. Consideracions finals
- 2. Resolució de 20 de juny de 2021 (JUS/2014/2021; DOGC núm. 8447, d'1.7.2021). Acceptació de béns prelegats en plena propietat, quan el testament n'atribuïa la nua propietat**
 - 2.1. Introducció
 - 2.2. De nou, sobre la interpretació del testament
 - 2.3. La subtil distinció entre partició feta pels hereus de manera diferent a la practicada pel causant i interpretació correctora del testament
- 3. Resolució de 20 de juny de 2021 (JUS/2015/2021; DOGC núm. 8447, d'1.7.2021). La durada d'una prohibició de disposar: discordança entre l'escriptura de donació i la inscripció**
 - 3.1. Introducció
 - 3.2. La constància de la data en què es notifica la nota de qualificació
 - 3.3. La durada de la càrrega de destinar els béns donats a determinades finalitats i de la prohibició de disposar-ne. La necessitat de rectificació registral
- 4. Resolució de 21 de juliol de 2021 (JUS/2413/2021; DOGC núm. 8471, de 3.8.2021). Acceptació de l'herència quan el causant ha previst una administració especial dels béns que rep una menor d'edat**
 - 4.1. Introducció
 - 4.2. La qualificació succinta i l'informe del registrador
 - 4.3. Consideracions preliminars: l'administrador especial representa durant la minoria d'edat i el càrrec es pot estendre més enllà de la majoria d'edat
 - 4.4. La naturalesa tutelar de l'administració especial: la necessitat d'acceptació expressa
 - 4.5. L'acceptació de l'herència i l'acceptació del càrrec d'administrador especial es poden produir i inscriure separatament en el temps
- 5. Resolució de 27 de juliol de 2021 (JUS/2579/2021; DOGC núm. 8476, de 10.8.2021). Usucapió contra tabulas: la manca d'administrador o defensor judicial de l'herència jacent**
 - 5.1. Introducció
 - 5.2. La qüestió competencial
 - 5.3. La usucapió contra el titular inscrit
 - 5.4. La usucapió i l'herència jacent
- 6. Bibliografia citada**

1. Resolució de 10 de juny de 2021 (JUS/1898/2021; DOGC núm. 8442, de 23.6.2021). Atribució de béns adquirits per un dels cònjuges abans del matrimoni en sentència de separació*

1.1. Introducció

En sentència ferma de separació matrimonial, es va aprovar el conveni regulador en què els cònjuges es distribuïen diversos béns immobles o quotes en copropietat que els pertanyien fins el moment de la separació. Entre aquests, hi ha una quarta part d'una finca que pertanyia al marit des d'abans de casar-se, conjuntament amb tres altres persones (presumiblement la mare i els germans). Aquesta quarta part s'adjudica a la seva esposa.

Presentat testimoniatge de la sentència per a la seva inscripció, la registradora de la propietat emet nota de qualificació negativa, en considerar que la sentència de separació no és títol públic hàbil per a la inscripció de la transmissió de béns adquirits abans del matrimoni. Considera que caldria documentar la transmissió en escriptura pública separada. Fonamenta la decisió en els art. 232-12 i 233-2 CCC.

La qualificació és recorreguda, per considerar que el conveni de separació aprovat judicialment és títol inscripció i que, admesa la lliure transmissió de béns entre cònjuges per qualsevol títol, res no s'oposa a què puguin intercanviar els béns que tinguin per convenient amb motiu de la separació matrimonial, sense que s'exigeixi que aquestes transmissions es convinguin en escriptura pública.

La registradora confirma la nota amb un informe més extens, però sobre la base de la mateixa línia argumental: segons el seu parer, les transmissions de béns adquirits amb anterioritat al matrimoni només tindrien cabuda en el conveni regulador quan es tractés de l'habitatge familiar o quan d'altra manera s'hi pugui detectar un vincle causal matrimonial. En el cas de què es tracta, qui rep la quota indivisa no tenia cap relació amb la situació de cotitularitat en què participava el marit abans del matrimoni.

1.2. El conveni regulador com a instrument adequat per a l'intercanvi de tot tipus de béns

La DGDEJ comença per plantejar la qüestió des d'un punt de vista formalista, propiciat per la nota de qualificació, en centrar el debat en si la transmissió de béns diferents als adquirits en comunitat ordinària durant el matrimoni pot tenir lloc en conveni regulador degudament aprovat, o bé si ha de ser objecte d'escriptura separada (FD 2.1).

Té present que els preceptes rellevants (art. 231-12, 233-2 i 552-11 CCC) defineixen el contingut típic del conveni regulador, per plantejar-se a continuació si les previsions que contenen exclouen que s'hi pactin altres operacions a criteri dels cònjuges. I la resposta es troba en el principi de llibertat civil (art. 111-6 CCC). En aquest sentit, recorda la Resolució de 14 de setembre de 2016¹, on s'incidia en la idea que «per a promoure i protegir la llibertat de les persones, el dret privat garanteix que els particulars poden fer tot allò que l'ordenament jurídic

* Aquests comentaris s'inscriuen en els Projectes 2017SGR151, Grup de Dret Civil Català, i DER2017-82129-P.

¹ JUS/2216/2016 (DOGC núm. 7223, de 10.10.2016). Comentada a 1 *InDret* (2017).

no els prohibeix, mentre que el dret públic, amb la mateixa finalitat, garanteix que les administracions només poden actuar quan la llei les faculta a fer-ho» (FD 1.3).

En matèria de relacions patrimonials entre cònjuges i la seva ordenació en escenaris de crisi matrimonial, es té present que, encara sota la vigència del Codi de Família de 1998, la DGDEJ havia fet ja una passa endavant en el sentit de permetre que els cònjuges es distribuïssin béns en comunitat ordinària proindivís adquirits tant abans com després de la celebració del matrimoni (RDGDEJ de 7 d'octubre de 2011²), perquè es va considerar que actualment no es correspon amb la realitat prendre en consideració únicament aquell moment; la DGDEJ fins i tot es feia creus que es plantegés cap mena de problema en aquest sentit. En canvi, en la mateixa resolució s'havia afirmat de manera taxativa que la separació o el divorci no poden justificar la transmissió de béns que pertanyin únicament a un dels cònjuges, amb independència de quan els van adquirir, tret que es tracti de l'habitatge habitual o de realitzar altres compensacions. En la resolució que ara es comenta, la DGDEJ es planteja si és possible anar encara més enllà; és a dir, si «no podem arribar a entendre que finques pròpies d'un sol dels esposos o dels membres de la parella poden, com a altres compensacions, entrar en la divisió del patrimoni comú si això és una exigència per a anivellar excessos d'adjudicació derivats de la indivisibilitat dels béns en condomini en les adjudicacions que s'han fet als cònjuges o té a veure amb compensacions convingudes, sigui per a pagar compensacions econòmiques o compensar perjudicis econòmics certs o previsibles o per mals morals o emocionals provocats per la separació o el divorci» (FD 1.4).

I arriba a una conclusió positiva, per tal d'evitar duplicitats formals i perquè entén que, si no hi ha tercers afectats, el document emès pel lletrat de l'Administració pública o pel notari és un document públic i el seu contingut ha estat ratificat pels cònjuges, amb la qual cosa és indiferent que s'empri només per a distribuir béns adquirits en proindivís durant el matrimoni o també amb anterioritat, i fins i tot si pertanyen a un sol dels cònjuges. La DGDEJ fa el paral·lelisme amb la funció de receptacle o instrumental que poden tenir també els capítols matrimonials, més enllà del seu contingut típic. Com l'art. 231-19 CCC, els art. 232-13, 233-2 i 552-11 CCC no exclouen que s'hi incloguin altres transmissions (FD 1.5). Tot i això, es considera que seria convenient que la legislació es reformés per tal de distingir clarament els supòsits en què la ruptura es produeix de mutu acord (i sense perjudicar cap tercer), d'aquells en què hi hagi discrepàncies entre els cònjuges o el procediment sigui contenciós, atès que llavors cap dels interessats podria exigir que s'inclogués en una liquidació de béns arran de la ruptura els que hagués adquirit l'altre individualment (FD 1.6).

D'acord amb els anteriors raonaments, es revoca la nota de qualificació i es permet la inscripció.

1.3. Consideracions finals

Tant en aquesta resolució com en la de 30 d'abril de 2021³, relativa a una adjudicació de béns amb ocasió d'una successió i obviant l'existència d'una donació amb clàusula de reversió, la DGDEJ mostra una clara voluntat de fugir d'un formalisme excessiu i permet, de manera generosa, que es pactin diferents transmissions en un sol document que es presenta externament com a vehicle d'una operació de «divisió». Aquest criteri altera, com en el fons reconeix la pròpia

² JUS/2612/2011 (DOGC núm. 600, de 8.11.2011). Comentada a 3 *InDret* (2012).

³ JUS/1299/2021 (DOGC núm. 8406, de 10.5.2021). Comentada a 3 *InDret* (2021).

resolució, el mantingut amb anterioritat. Així, a la Resolució de 21 de juny de 2016⁴ es va afirmar que: «L'adjudicació d'un immoble privatiu –que, en qualsevol cas, no té la consideració d'habitatge familiar– d'un dels membres de la parella a l'altre, no existint cap causa –per exemple, atribució en virtut de compensació econòmica per raó de treball o de prestació alimentària– que la justifiqui, constitueix una transmissió aliena al procediment de liquidació de la situació econòmica establerta durant la convivència i aliena també al procediment de divisió de béns comuns, i ha de ser objecte d'un negoci dispositiu independent, en el qual concorrin tots els elements i tots els requisits necessaris per a la seva vàlida i eficaçia» (FD 3.2), expressions aquestes darreres que empra la registradora en la nota de qualificació al cas de què aquí es tracta. En el supòsit que va donar lloc a la Resolució de 2016 que s'acaba de citar, era dubtós que es tractés realment d'un conveni de ruptura de parella, però la conclusió de l'òrgan resolutori no deixava cap dubte quant a quines operacions es podien incloure en un instrument d'aquest tipus. En la línia del que mantenia l'abans anomenada DGRN, només es permetia l'atribució de béns privatis quan respongués a una causa connexa a la ruptura. Altrament, caldria articular-la per mitjà del negoci que correspongués i documentar-la en escriptura pública⁵. Això es va qüestionar en el seu moment, atès que des de la perspectiva del dret civil sembla convenient fomentar les solucions pactades i, en l'àmbit matrimonial o de parella, interessa que la ruptura sigui el més neta possible des del punt de vista patrimonial, de manera que els vincles econòmics que romanguin siguin els mínims possibles⁶. Però també es deixava clar que les conseqüències fiscals podien ser molt diverses⁷ i val a dir que les divisions de conjunts de béns sense connexió clara entre ells com en aquests supòsits dificulta en extrem les obligacions de notificació d'actes amb transcendència tributària que pesen sobre el cos dels registradors⁸. Aquesta línia aperturista de la DGDEJ, en tot cas, sembla matisar-se, per bé que a través d'un raonament totalment diferent, a la resolució que es comenta a continuació.

2. Resolució de 20 de juny de 2021 (JUS/2014/2021; DOGC núm. 8447, d'1.7.2021). Acceptació de béns prelegats en plena propietat, quan el testament n'atribuïa la nua propietat

2.1. Introducció

El setè i darrer testament atorgat per la causant (un mes i escaig abans de morir) instituïa hereus universals en proporcions diverses a tres persones i, a dues d'aquestes, els prelegava la nua propietat de determinades finques registrals (en la seva integritat o per quotes indivises, de vegades per ser aquesta la participació corresponent a la causant). Els tres interessats van atorgar escriptura de manifestació i acceptació d'herència i, efectuant una interpretació correctora de la literalitat del testament, les finques prelegades es van adjudicar en plena propietat.

La registradora va denegar la inscripció, per «incongruència entre el títol material d'adquisició de les finques (ple domini) i el títol testamentari del qual deriva (nua propietat)» (relació de fets

⁴ JUS/ 1853/2016 (DOGC núm. 7175, de 2.8.2016). Comentada a 4 *InDret* (2016).

⁵ Per totes, Resolucions DGRN de 22.3.2010 (BOE núm. 114, de 10.5.2010) i 22.12.2010 (BOE núm. 44, de 21.2.2011), reiterades, per exemple, en la Resolució d'11.7.2018 (BOE núm. 178, de 24.7.2018).

⁶ En aquest sentit, es pot veure el comentari a la Resolució de 21.6.2016 a 4 *InDret* (2016) (apartat 4.5).

⁷ Recentment, STSJ de Catalunya (Sala Contenciosa) 26.2.2020 (ECLI:ES:TSJCAT:2020:1484), aplicant l'art. 33.2 del RD 828/1995, de 22 de maig, relatiu exclusivament a l'habitatge familiar.

⁸ Un criteri relativament flexible quant a les compensacions dels excessos d'adjudicació en béns diferents als diners es pot veure a la STS (Sala Contenciosa) de 30.10.2019 (ECLI:ES:TS:2019:3480).

II). Afegeix que la normativa registral exigeix que es faci constar el títol oneros o gratuït de l'adquisició (art. 2, 9 i 21 LH i art. 51 RH) i que el testament no conté cap imprecisió ni clàusula obscura que permeti una interpretació diferent a l'establerta per la causant com la que es realitza a l'escriptura d'acceptació.

Els prelegataris recorren, adduint que hi va haver un error de transcripció en el testament, ja que consideren que l'atribució de les finques es va voler realitzar en plena propietat, atès que no hi ha usufructuari. Ho fonamenten en l'art. 421-6 CCC, per contrast amb l'art. 675 CC, que dona prioritat a les paraules emprades. D'altra banda, consideren que, fos quina fos la interpretació del testament, els hereus poden fer la partició com creguin pertinent, àdhuc prescindint dels prelegats, de conformitat amb els art. 464-6 i 464-10 CCC.

La registradora en el seu informe confirma la nota de qualificació i en referma els arguments, afegint també que l'al·lusió a l'art. 464-6 CCC és incongruent i apareix per primera vegada: no va ser objecte de qualificació el fet que es pugui realitzar una partició per part dels cohereus fins i tot prescindint dels prelegats, perquè l'escriptura no s'hi refereix i, per tant, el debat s'ha de centrar en la pertinència o no de la interpretació correctora que els prelegataris pretenen. Del fet que només els prelegataris recorren sembla deduir-ne la manca d'unanimitat quant a una eventual partició a voluntat dels hereus.

2.2. De nou, sobre la interpretació del testament

Darrerament, sovintegen les resolucions en què la DGDEJ es veu abocada a interpretar disposicions testamentàries. Així, sense anar més lluny, en dues resolucions de 23 de març de 2021 on es tractava, d'una banda, d'esbrinar el sentit de les condicions resolutòries a les quals se subjectaven els llegats de diverses finques i, de l'altra, de determinar el caràcter vitalici o no d'un usdefruit, tot i que en aquest darrer supòsit el problema consistia més aviat en interpretar l'assentament registral⁹. Com en altres ocasions, la DGDEJ recorda que el precepte nuclear en aquest punt és l'art. 421-6 CCC i que, en seu registral, el testament és pràcticament l'únic instrument al qual poden acudir notaris i registradors per tal d'esbrinar la voluntat de la testadora, juntament amb els propis assentaments registrals¹⁰. S'afegeix en aquest cas que els hereus, com a continuadors de la voluntat del causant, tenen un paper important en la interpretació de la voluntat de la causant, però que aquest «decau quan es tracta d'una interpretació de part», com és el cas (FD 1.2)¹¹. Insisteix també la DGDEJ, en el mateix lloc, en què la previsió del primer apartat de l'art. 421-6 CCC, en referir-se a la prevalença de la voluntat real per sobre de les paraules emprades, pressuposa que aquella voluntat real diversa existeix i es pot conèixer, la qual cosa no s'estima concurrent en el cas analitzat. En aquest sentit, s'afirma que la DGDEJ no pot «prescindir de la literalitat quan les paraules emprades no són ambigües, contradictòries ni dubtoses, o si no es revela que la intenció de la causant era una altra.»¹²

En el cas concret, es considera que les paraules emprades per la testadora no deixen cap mena de dubte i que la seva lucidesa es dona per entesa (gairebé sembla acudir-se a la idea que un testament ben fet és, per si mateix, indicatiu de la plenitud de facultats de qui l'atorga, cosa que es

⁹ JUS/832/2021 i JUS/833/2021 (DOGC núm. 8378, de 31.3.2021). Comentades a 3 *InDret* (2021).

¹⁰ En el mateix sentit, Resolució de 23 de març de 2021 (JUS/832/2021), FD 2.2 i 2.4.

¹¹ Com ja s'havia fet també a la Resolució de 19 d'octubre de 2009 (JUS/3443/2009; DOGC núm. 5523, de 10.12.2009), FD 2.3. Comentada per MARSAL GUILLAMET a 1 *InDret* (2010).

¹² De nou, Resolució de 23 de març de 2021 (JUS/832/2021), FD 2.2.

comparteix). La distribució dels béns per a després de la seva mort es presenta de manera detallada i minuciosa i el notari que va autoritzar aquest darrer testament, el suport del qual també es pressuposa, és el mateix que havia autoritzat els quatre darrers testaments de la causant. Per això es conclou que, si els interessats volen qüestionar que només se'ls volgués prellegar la nua propietat de les finques, ho hauran de fer en seu judicial (FD 1.3).

2.3. La subtil distinció entre partició feta pels hereus de manera diferent a la practicada pel causant i interpretació correctora del testament

Al fonament de dret segon, la DGDEJ conclou que no és atencible l'al·legació dels dos prelegataris en el sentit que, si no s'accepta la interpretació proposada del testament, la solució hauria de ser la mateixa, perquè els hereus poden dur a terme la partició apartant-se de les previsions participacionals realitzades pel causant, arribant a prescindir fins i tot dels prelegats, sempre que el causant no ho hagi prohibit (art. 464-6.1 CCC).

Es justifica la decisió per diversos motius. En primer lloc, perquè la partició no és objecte de la nota de qualificació i, per tant, tampoc no ho pot ser del recurs. Si es té en compte que a l'escriptura de manifestació i d'acceptació d'herència es va fer constar la interpretació correctora del testament, potser això explica que la nota de qualificació es centrés només en aquest aspecte, però no sembla que s'hagi d'excloure l'al·legació per aquest motiu, especialment tenint en compte que la pròpia DGDEJ ha acollit raons d'economia procedimental en altres ocasions recents, com de seguida es dirà. En tot cas, és per això que la DGDEJ obvia pronunciar-se sobre la partició, atès que la considera conseqüència de la interpretació del testament efectuada de part i que ja s'ha descartat amb anterioritat. Finalment –i d'aquí sembla que se n'extreu un altre motiu per desestimar el recurs sense valorar l'al·legació relativa a l'art. 464-6.1 CCC– es distingeix aquest supòsit del que va donar lloc a la Resolució de 30 d'abril de 2021¹⁵ «ja que en aquell la partició va ser feta per tots els hereus, mentre que en l'actual l'adjudicació del prellegat es basa en el que ells consideren que és la voluntat de la testadora, que en realitat és una interpretació correctora del redactat del testament» (FD 2.1). És cert que el supòsit és diferent, però mentre que en la resolució que ara es comenta s'aplica un criteri estricte quant a què és objecte del recurs i, sembla ser que també sobre quan s'ha d'entendre produïda una partició prescindint de les previsions realitzades pel testador, en la Resolució de 30 d'abril de 2021 es va estimar el recurs amb el resultat que es va permetre la inscripció d'una acceptació i adjudicació d'herència incloent béns que, segons la interpretació de la DGDEJ, no pertanyien al cabal hereditari (procedien d'una donació amb clàusula de reversió, que beneficiava els propis hereus). L'argument potser central en aquell cas va ser que tothom és lliure de disposar dels seus propis béns (la reversió afavoria els hereus, però en proporcions diferents a com es van repartir els béns), sense que es donés importància a l'instrument per mitjà del qual es duia a terme aquesta disposició. Aquí, en canvi, el fet d'haver expressat que es corregia la literalitat del testament sembla excloure tota consideració a què els hereus, si haguessin volgut, haurien pogut partir prescindint dels prelegats. L'escriptura que es va presentar per a la seva inscripció va ser atorgada pels tres hereus de la causant (és a dir, pels usufructuaris de les finques prelegades), de manera que el fet que recorreguessin només els dos prelegataris no altera que la distribució acordada fos unànime.

¹⁵ JUS/1299/2021 (DOGC núm. 8406, de 10.5.2021). Comentada a 3 *InDret* (2021).

Tot i no negar que es tracta de supòsits diferents, la DGDEJ semblava seguir darrerament una línia tendent a permetre la inscripció de distribucions de béns rebuts per diferents vies amb independència de l'instrument emprat per a fer-ho (es pot veure també, en el mateix sentit, la Resolució de 10 de juny de 2021 sobre repartiment de béns resultants de la ruptura d'una parella estable; *supra* 1) que, en canvi, en la resolució que ara es comenta es trenca. El resultat serà tant «antieconòmic» en aquest cas com en els altres: els interessats hauran d'atorgar una nova escriptura, aquest cop particional (de la mateixa manera que en el supòsit que va donar lloc a la Resolució de 30 d'abril de 2021 el problema registral s'hauria solucionat atorgant nova escriptura on constés clarament la renúncia d'un dels cotitulars a la quota potencialment adquirida per efecte de la clàusula de reversió i, en el cas de la Resolució de 10 de juny de 2021, atorgant escriptura de transmissió dels béns que no tenen caràcter matrimonial o familiar).

3. Resolució de 20 de juny de 2021 (JUS/2015/2021; DOGC núm. 8447, d'1.7.2021). La durada d'una prohibició de disposar: discordança entre l'escriptura de donació i la inscripció

3.1. Introducció

La resolució gira al voltant de la possibilitat de cancel·lar la prohibició de disposar establerta en una donació per haver transcorregut el termini de trenta anys fixat pel donant, tot i que no encara el que consta al Registre i que concorda amb l'apoderament que en el seu dia va atorgar l'entitat donatària per tal d'acceptar la donació.

L'any 1987, en previsió de rebre la donació d'unes finques, que el futur donant voldria que es destinessin a les finalitats pròpies de la institució beneficiada i que no en pogués disposar durant un temps, es va apoderar el representant de l'entitat per tal que acceptés amb la referida limitació per un període de cinquanta anys (al fonament de dret 2.1 de la resolució s'especula que es podria haver comès un error a l'hora d'establir el termini).

Quan la donació es va realitzar l'any següent, el 1988, en l'escriptura hi consta la limitació, però per una durada inferior, de trenta anys. Malgrat això, en practicar-se la inscripció de les finques a favor de la donatària es va expressar que la destinació i la consegüent prohibició de disposar regirien durant cinquanta anys.

Essent així que el donant va morir i, per tant, l'usdefruit vitalici que s'havia reservat s'havia extingit, l'any 2020 l'entitat titular de les finques va adoptar un acord modificant l'apoderament de 1987 per tal d'adequar la durada de la limitació a la que finalment es va establir en la donació. Elevat a públic l'acord, es va presentar al Registre, sol·licitant que es fes constar l'extinció de l'usdefruit (cosa que no presenta problemes) i la cancel·lació de les limitacions de disposar per haver transcorregut ja els trenta anys als quals es referia la donació.

El registrador va qualificar negativament, en considerar que no és admissible que el donatari modifiqui unilateralment la limitació que consta al Registre, sinó que per a això caldria el consentiment del donant o, havent ja mort, dels seus hereus, d'acord amb els art. 1, 18, 20 i 40 LH.

La qualificació va ser recorreguda pel representant de la donatària adduint els art. 531-7 i 531-18 CCC i també l'art. 428-6 del mateix Codi, pel que fa a la durada de les prohibicions de disposar. A més, al·lega que va ser la pròpia beneficiària de la donació qui es va imposar la limitació durant cinquanta anys, mentre que la voluntat del donant va ser que no s'allargués més de trenta anys.

Es produeix també un desacord quant al moment en què es considera produïda la notificació de la qualificació, que podria ser determinant de què el recurs s'hagués presentat de manera extemporània, qüestió a la qual es dedica el primer fonament de dret de la resolució.

3.2. La constància de la data en què es notifica la nota de qualificació

Les circumstàncies que motiven el dubte es resumeixen al fonament de dret 1.2 de la següent manera:

«[C]al destacar que només pot retirar el document la mateixa persona que el va presentar, o bé una persona legalment autoritzada. El 25 de febrer de 2021, el registrador va acceptar que l'empleat de la empresa de missatgeria retirés la nota de qualificació en nom de la presentadora i alguna acreditació li deuria haver mostrat, perquè retirar un document no és cosa insignificant. Per tant, és acceptable entendre que la notificació de la qualificació que el registrador li feia en aquell moment, la rebia el representant de la presentadora i que la notificació es va fer efectivament el 25 de febrer de 2021. Ara bé, mentre que en la nota de qualificació hi figuren el nom i cognoms, el DNI i la signatura de la persona que la retira, al marge de l'assentament de presentació [...] no hi consten el nom i cognoms, ni el DNI de la persona que va recollir la notificació. Tot i que la signatura sembla la mateixa que la que apareix a la nota de qualificació, només per la similitud de la signatura nosaltres no podem deduir una identitat total.»

Per tant, sembla que l'interessat va enviar un missatger a recollir la nota (i l'escriptura, s'interpreta) i que es va fer constar la identificació de l'empleat correctament a la qualificació, però no a l'assentament de presentació, on només hi apareix una signatura semblant, però que no correspon a la DGDEJ identificar.

L'omissió de dades i la manca de constància en l'expedient de manera indubtable de la data en què es va produir la notificació és imputable al registrador i, per això, la DGDEJ considera que no se'n poden deduir conseqüències perjudicials per al presentant, com ho seria entendre que s'havia escolat el termini per a resoldre. Per aquest motiu, es pren com a data per tal de comptar el termini d'un mes aquella en què el recurrent reconeix haver estat notificat, jugant a favor seu la presumpció que el recurs es va interposar dins de termini.

3.3. La durada de la càrrega de destinar els béns donats a determinades finalitats i de la prohibició de disposar-ne. La necessitat de rectificació registral

La DGDEJ distingeix dues qüestions que tant els acords presentats per l'entitat com el recurs semblen barrejar: d'una banda, hi ha el dubte sobre la durada de les limitacions a nivell substantiu i, de l'altra, la qüestió de com s'hauria de procedir a nivell registral si hi ha discordança respecte al títol.

Quant al primer, es conclou que l'escriptura de donació recull la voluntat del donant de limitar les facultats de destinació i de disposició de l'entitat donatària durant trenta anys, voluntat que va ser acceptada pel representant de l'entitat. Per tant, des d'aquesta perspectiva, el fet que l'entitat s'hagués imposat a ella mateixa una limitació de vint anys més, seria irrellevant. La DGDEJ es planteja si podria haver-hi actuació extralimitada de l'apoderat, però considera que,

aplicant supletòriament l'art. 1715 CC, como corresponia en el moment de realitzar-se la donació (el 1988), l'actuació en benefici dels interessos del representat hauria estat legítima (FD 2.2); és el criteri que recull actualment l'art. 622-22-1, lletra b, CCC. Tampoc no regia en concloure's la donació la limitació temporal establerta ara a l'art. 428-6.2 CCC per a les prohibicions de disposar, sinó l'art. 117 de la Compilació, que no n'establia (FD 2.3), fora de les pròpies de les substitucions fideïcomissàries.

Però, tal i com afirma la DGDEJ, «una cosa és la durada de la prohibició de disposar a nivell substantiu i una altra de diferent la constància registral d'aquesta durada i la seva eventual modificació, que és, en definitiva, el que persegueix la recurrent; i de la mateixa manera que la solució d'aquesta qüestió a nivell substantiu s'ha de resoldre amb normes substantives, quan es planteja a nivell registral s'ha de resoldre d'acord amb les normes registrals» (FD 2.3).

I, en aquest punt, per molt que resulti sorprenent que la inscripció recollís el termini que establia l'acord de l'entitat i no el que es desprenia del títol que motivà l'assentament (la donació) i que el registrador a l'informe afirmi que si se li presentés, no inscriuria, atesa la contradicció relativa a un element tant important com ho és el termini de la limitació (FD 3.1), el fet que el Registre publiqui una durada de cinquanta anys fa que aquesta es presumeixi exacta (art. 1 LH) i que no es pugui modificar de manera unilateral per qui resultaria beneficiat per la correcció. Per a dur-la a terme caldria el consentiment del donant (o dels seus hereus) o resolució judicial (FD 3.2). Per tant, es confirma la qualificació negativa.

4. Resolució de 21 de juliol de 2021 (JUS/2413/2021; DOGC núm. 8471, de 3.8.2021). Acceptació de l'herència quan el causant ha previst una administració especial dels béns que rep una menor d'edat

4.1. Introducció

En el seu testament, la causant va instituir hereva de tots els seus béns la seva neta, però va designar la seva filla (mare de l'hereva) com a administradora d'aquests béns fins que la neta complís els 24 anys d'edat.

Oberta la successió, el pare de l'hereva accepta l'herència en representació seva, actuant tot sol per tal d'evitar el possible conflicte d'interessos amb la mare, a qui se li adjudicaven determinats béns mobles i immobles en pagament de la llegítima.

El registrador va denegar la inscripció, per mitjà d'una nota de qualificació en què, prenent com a base els art. 461-24 i 236-25 CCC, adduïa que l'administració de béns de l'herència establerta en testament és una càrrega que afecta els béns i que ha de ser tinguda en compte a l'hora de partir i adjudicar l'herència, de manera que s'ha d'expressar si l'administradora accepta o rebutja el càrrec. Tot i que la nota és breu, menciona també que hi ha dubtes sobre l'extensió d'aquesta administració més enllà de la majoria d'edat de l'hereva. La nota va ser confirmada per la qualificació substitutiva sol·licitada.

Va recórrer el notari que va autoritzar l'escriptura d'acceptació. Al·lega insuficient motivació de la nota de qualificació, en el sentit que no explica perquè considera que l'administració especial és una càrrega; el notari la considera una exclusió voluntària del règim ordinari d'exercici de la

potestat parental, que es podria acceptar fins i tot de manera tàcita i no hauria de tenir constància registral, tenint en compte, a més, que, segons el seu parer, l'administració especial no comprèn actes de disposició i que només s'haurà d'acreditar el càrrec quan s'exerceixi, sense que això sigui impediment per a inscriure a nom de la menor els béns acceptats en representació seva pel seu pare. El lliurament de la llegítima sí que és un acte de disposició, però obligat, que duu a terme el pare a favor de la mare/administradora especial per tal d'evitar el conflicte d'interessos. El notari va sol·licitar expressament tenir accés al contingut de l'informe del registrador per tal d'evitar la indefensió.

En aquest informe, el registrador va confirmar la nota de qualificació i va ampliar les consideracions fetes al respecte, responent a algunes de les tesis mantingudes al recurs. Es ve a afirmar que és rellevant que consti l'acceptació o no de l'administradora, atès que en cas de no fer-ho, a manca d'altra previsió testamentària, l'administració dels béns de la menor recauria en tots dos progenitors (art. 461-24), de manera que desapareixeria l'administració especial. No s'admet la possibilitat de separar en dos actes diferents l'acceptació de l'herència i la del càrrec d'administradora, atès que en l'interim es podrien considerar aplicables les regles generals, burlant així la previsió testamentària, i generant incertesa per als tercers que consultin el Registre. El mateix succeiria si s'inscrivissin els béns subjectes a l'administració, però sense especificar si aquesta ha estat o no acceptada, com ocorreria si s'admetés l'acceptació tàcita. En definitiva, es considera rellevant a efectes registrals la constància de l'administració especial, atès que determina la legitimació per a negociar amb els béns de què es tracta. En la relació de fets (III) es menciona que no consta la pròrroga de l'assentament de presentació (cfr. art. 436 RH) ni que s'hagi notificat a titulars de drets afectats.

4.2. La qualificació succincta i l'informe del registrador

Tal i com ho havia sol·licitat el recurrent, la DGDEJiM¹⁴ li va proporcionar còpia de l'informe del registrador, però sense que això obrís cap torn de rèplica, atès que la regulació del recurs governatiu no ho preveu, i sempre tenint en compte que l'art. 3.6 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, prohibeix la indefensió (relació de fets IV).

El notari havia al·legat que la motivació de la nota de qualificació era insuficient. La DGDEJiM la qualifica de "molt succincta", ja que únicament es fonamentava en dos preceptes, rellevants per a resoldre la qüestió plantejada, però que no esgotava els arguments que després es van desenvolupar a l'informe. Nogensmenys, es considera que s'han respectat les previsions de l'art. 3.6 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, en tant que no es van aportar arguments nous, sinó que l'informe únicament va completar allò que ja constava a la nota; és a dir, que l'acceptació del càrrec era necessària per tal que es pogués procedir a la inscripció (FD 3.1). Atès que s'havia citat la norma general relativa a l'administració especial, s'entén que no s'ha generat indefensió, tal i com ho demostra la presentació del recurs i l'argumentació en ell emprada (FD 3.2).

¹⁴ El nou acrònim respon al canvi de denominació de la Direcció General, que passa a anomenar-se Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació arran del Decret 258/2021, de 22 de juny, de reestructuració del Departament de Justícia (DOGC núm. 8442, de 23.6.2021; DA 1a, 3).

4.3. Consideracions preliminars: l'administrador especial representa durant la minoria d'edat i el càrrec es pot estendre més enllà de la majoria d'edat

Amb caràcter previ, cal tenir en compte que la resolució no aborda la qüestió relativa a si és correcta l'actuació del pare en lliurar la llegítima a la mare en representació de la filla comuna de tots dos. El problema rau en determinar si es poden inscriure les finques heretades per la neta de la causant –i subjectes a l'administració especial de la mare– arran de l'escriptura pública d'acceptació atorgada pel pare de la menor en representació de la seva filla, sense que la mare hagi acceptat l'encàrrec que se li va fer en testament.

Abans d'entrar en aquesta qüestió, però, la DGDEJiM precisa, sobre la base dels art. 236-18.2, lletra *d*, i 236-27 CCC, que «l'administració especial de béns de menors adquirits per herència és un càrrec que comporta també la representació legal de la menor en relació amb els actes jurídics que tinguin per objecte els béns heretats sota aquest règim d'administració especial», i tant siguin d'administració ordinària com de rigorós domini (FD 1.2). També amb caràcter preliminar, la resolució decideix de manera molt favorable al respecte a la voluntat de la testadora la qüestió relativa a si l'administració especial es pot allargar més enllà de la minoria d'edat: considera sense cap mena de dubte que la voluntat del causant és, segons la lletra de l'art. 461-24 CCC, la llei que regula el règim jurídic d'aquests béns. S'afirma que no es vol prejutjar com es desenvoluparà l'administració especial després de la majoria d'edat, però acaba apuntant que les facultats d'administració i de disposició de l'hereva restaran afectades «ja que per a realitzar aquests actes sempre caldrà que hi hagi el consentiment de l'administrador especial» (FD 1.3 i 2.4).

4.4. La naturalesa tutelar de l'administració especial: la necessitat d'acceptació expressa

La resolució que ara es comenta dedica els fonaments de dret 2.1 i 2.2 a argumentar que l'administració especial de béns de menors és un càrrec de naturalesa tutelar i d'això en conclou que cal que sigui acceptat de manera expressa, perquè no opera *ex lege* des del moment en què el casant l'ha imposat, sinó que és possible renunciar-hi, a diferència del que succeeix amb la potestat parental. Així es dedueix de l'art. 461-24.1 CCC, però la resolució apel·la a l'art. 236-26 CCC, interpretat en el sentit que si la persona designada no vol o no pot acceptar el càrrec, és l'autoritat judicial qui designarà la persona que l'exercirà, sense que es contempli que pugui esdevenir vacant.

Certament, divergeixen les solucions donades per aquests dos preceptes per al cas que l'administrador designat no accepti: al llibre quart del CCC, s'estableix que l'administració correspondrà als progenitors que exerceixin la potestat o al tutor, mentre que al llibre segon es preveu que correspongui al progenitor que no hagi estat exclòs de l'administració o a la persona designada a aquest efecte per l'autoritat judicial. L'opció que pren l'art. 236-26 CCC, a banda de ser posterior en el temps, resulta més encertada, en tant que la previsió d'una administració especial tingui com a objectiu apartar algun dels progenitors (o tots dos) de la gestió dels béns heretats pel menor. Altrament, si s'aplica el que preveu l'art. 461-24.1 CCC, l'administració correspondria justament a qui es va procurar que no hi intervingués, degut a un fet accidental, com és la manca d'acceptació per part del designat en testament. Caldrà veure si aquestes disposicions es veuen afectades per la reforma del CCC prevista a la DF 4a del DL 19/2021, de 31 d'agost, pel qual s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació judicial de la capacitat.

Considera la DGDEJ que el supòsit és molt similar al de l'administrador general del cabal hereditari que recullen els art. 797 i següents LEC i que, per tant, es poden aplicar analògicament les normes establertes per a la designació judicial d'aquest.

Tal i com constata la resolució, el càrrec d'administrador especial de béns de menors subjectes a potestat parental és anàleg al de l'administrador especial de béns de la persona subjecta a tutela (art. 222-41 CCC; vid. també l'art. 222-15 CCC). D'això en dedueix que «si hi ha aptitud i no hi ha excusa, cal un nomenament explícit de l'administrador especial dels béns que pressuposa l'acceptació prèvia per part de la persona nomenada, perquè l'exercici del càrrec comporta responsabilitat» (art. 222-40 CCC). Es considera que s'ha d'aplicar una regla anàloga a l'administrador especial dels béns del menor d'edat, de la mateixa manera que si cessa en el càrrec (art. 222-30 CCC): correspondrà a l'autoritat judicial designar un substitut. El càrrec es pot inscriure al Registre Civil (art. 90 LRC; art. 74 LRC de 2011).

Val a dir que al final del FD 2.1 la resolució sembla identificar l'acceptació forçosa amb la tàcita a la qual feia referència el notari en el recurs. Es tracta de qüestions diferents: una cosa és la imposició del càrrec per obra de la llei i una altra que, essent voluntari, es pugui acceptar de manera expressa o tàcita.

D'altra banda, tot i les reiterades referències a la intervenció de l'autoritat judicial i àdhuc a la posada en possessió del càrrec de la persona designada, no cal la seva intervenció per a l'acceptació i presa de possessió en casos en què sigui el propi causant qui hagi designat l'administrador especial (vid. també el FD 2.5). La resolució no explicita com accedeix al càrrec l'administrador especial, més enllà de considerar que cal que accepti expressament.

4.5. L'acceptació de l'herència i l'acceptació del càrrec d'administrador especial es poden produir i inscriure separadament en el temps

Segons la DGDEJ, el caràcter voluntari del càrrec d'administradora especial no condueix a què s'hagi d'acceptar en el mateix moment en què el representant legal de la menor d'edat accepta l'herència i es considera que no hi ha impediment per a fer constar al Registre l'adquisició de les finques, expressant-hi la subjecció a l'administració especial establerta al testament. Amb posterioritat, es podrà fer constar l'acceptació de l'administradora – que en tot cas haurà d'acreditar el càrrec per tal de poder disposar dels béns. Tot i que el Registre de la Propietat no té com a finalitat la inscripció de càrrecs tutelars, la DGDEJ entén que és pertinent publicar l'administració especial, de manera que, fins que no consti l'acceptació per part de l'administradora, advertirà a tercers del fet que la representació quant als béns inscrits no correspon als titulars de la potestat parental (conjuntament i pel fet de ser-ho) sinó a la persona designada al testament, si arriba a acceptar (adverteix la resolució que no cal especificar qui exercirà el càrrec) i, a partir de la majoria d'edat de l'hereva, anunciarà la limitació de les seves facultats d'administració i disposició, per a les quals requerirà el consentiment de l'administradora, si accepta. Es tracta, doncs, de fer constar les limitacions a les facultats de disposar d'acord amb l'art. 26.3 LH (FD 2.4). Un cop acceptat el càrrec, es podrà fer constar al Registre, tal i com demostra el criteri recollit a l'art. 797.3 LEC (FD 2.5).

Per tant, en conclusió, la DGDEJ considera que l'administració especial establerta en testament és un càrrec tutelar que, en comportar responsabilitat, s'ha d'acceptar. Tot i això, la manca d'acceptació no impedeix la inscripció de l'acceptació d'herència amb subjecció a l'administració

especial, que comporta una desviació del règim general de representació de la persona menor d'edat i que pot projectar-se més enllà de la majoria d'edat a través del que sembla un complement de capacitat. Si l'administradora accepta en un moment posterior, també es podrà fer constar al Registre. Per tant, es revoca la nota de qualificació i es permet la inscripció de l'acceptació d'herència, amb el matís ja apuntat.

5. Resolució de 27 de juliol de 2021 (JUS/2579/2021; DOGC núm. 8476, de 10.8.2021). Usucapió *contra tabulas*: la manca d'administrador o defensor judicial de l'herència jacent

5.1. Introducció

Una sentència ferma declara l'adquisició per usucapió d'una finca. La demanda es va interposar contra els hereus, successors i drethavents del titular registral, que va morir l'any 1899, i contra els hereus, successors i drethavents del fill d'aquest. La sentència es va dictar en rebel·lia i ordenava expedir-ne testimoniança per tal que es procedís a practicar els assentaments registrals necessaris per a adequar el contingut del Registre a la realitat extraregstral sorgida de la sentència i que, passats els setze mesos que indica l'art. 502 LEC, se'n expedís una de nova fent constar el decurs del referit termini, per si la inscripció no s'hagués practicat abans.

La registradora va emetre nota de qualificació negativa sobre la base de dos motius. Un d'ells, que no és objecte de recurs, feia referència justament al fet que calia que haguessin transcorregut els mencionats setze mesos per tal que es pogués procedir a la inscripció (i, certament, sembla ser el termini per a la rescissió de la sentència dictada en rebel·lia no s'havia escolat quan es va presentar la testimoniança). El segon motiu de la qualificació negativa era que no s'havia nomenat administrador ni defensor judicial de l'herència jacent, i que no constava que s'haguessin demandat persones determinades, ni tampoc que el jutge hagués considerat suficient la legitimació passiva. Citava com a base per a la decisió els art. 24 CE i 20 LH. Tot i no mencionar-la fins a l'hora d'emetre l'informe, sembla que en la nota se seguia el criteri de la llavors anomenada DGRN a la resolució (consulta vinculant) de 3 d'octubre de 2011¹⁵.

L'interessat recorre, al·legant, bàsicament, que tota sentència declarativa d'una usucapió comportarà la necessitat de corregir la inexactitud registral i constitueix, per tant, una excepció al principi de tracte successiu (que, a més, afirma haver-se trencat, en aquest supòsit, des de la mort del titular registral, que havia tingut lloc més de 120 anys enrere). També considerava que la qualificació registral no es pot estendre a les sentències declaratives d'usucapió, atès que això equivaldria a entrar en el fons de la qüestió. Defensava igualment que la salvaguarda de la tutela judicial efectiva correspon a les autoritats judicials, que en aquest cas van considerar correcta la legitimació passiva. S'hi afegeix que la delació s'hauria perdut al cap de 30 anys (art. 257 CDCC) i que, en tot cas, la demanda no es va interposar contra l'herència jacent, sinó contra els possibles propietaris de la finca. Entenia que seria desproporcionat requerir la citació d'uns causahavents que no han inscrit passats més de 30 anys i que la resposta de la registradora, en lloc de protegir contra la indefensió, el que fa és obstaculitzar l'adequació del Registre a la realitat. Finalment, mencionava la competència per a resoldre de la DGDEJiM, emparant-se en aquest punt en la Resolució de 12 de juny de 2014¹⁶.

¹⁵ BOE núm. 310, de 26.12.2011.

¹⁶ JUS/1388/2014 (DOGC núm. 6648, de 20.6.2014). Comentada a 4 *InDret* (2014).

La registradora, al seu informe, va considerar que la DGDEJiM no era competent per a resoldre, atès que en la nota només es mencionaven un precepte constitucional i un altre de la LH i aplicava el criteri que la STC 4/2014 va emprar per declarar inconstitucional part de l'art. 3.4 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, a supòsits recollits a l'art. 1 de la mateixa llei (és a dir, quan només hi ha un recurs, per bé que de contingut «mixt»). A més, com ja s'ha esmentat, va estendre l'argumentació de la nota de qualificació sobre la base de la Resolució DGRN de 3 d'octubre de 2011.

5.2. La qüestió competencial

A la resolució es constata que l'art. 3.3 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, es refereix al supòsit contrari al que aquí es planteja; és a dir, al cas en què el recurs s'adreça al Ministeri de Justícia i, en canvi, el registrador consideri competent la Generalitat. Nogensmenys, la DGDEJiM es pronuncia sobre la pròpia competència, ateses les al·legacions realitzades per la registradora, per concloure que, com havia succeït en casos anàlegs¹⁷ i fins i tot en un d'ídentic¹⁸, la referència a preceptes hipotecaris és purament adjectiva i el fons de l'assumpte és de dret català, amb la qual cosa la competència es manté (FD 1.3).

Les institucions catalanes que es torben al fons de l'assumpte són la usucapió i l'herència jacent, així com els terminis per a acceptar o repudiar la delació, qüestions a les quals es refereix el recurs, amb cita de l'art. 257 CDCC. Per a la DGDEJiM, «tant se val que estigui derogat: és una norma de dret català que va substituir per *iuris continuari* la normativa catalana (és a dir, la romana), que és la que regia la successió del titular registral de la finca» (FD 2.2). La competència de la Generalitat no desapareix pel fet que es faci referència a principis «genèrics» com la tutela judicial efectiva o de mecànica registral (FD 2.2). Així ho confirmen la interpretació finalista, l'analògica i l'autèntica, que la resolució desenvolupa (FD 2.3 a 2.7), en termes idèntics a com ho va fer a la Resolució de 25 de juliol de 2019, al comentari de la qual cal remetre¹⁹.

5.3. La usucapió contra el titular inscrit

Un cop fixat l'objecte de la controvèrsia (FD 3.1) i havent recordat en quins són els orígens, el fonament i el règim de la usucapió, com a institució regulada a Catalunya en temps medievals (FD 3.2 i 3.3, en els quals destaca la justificació de la figura en la manca de diligència del propietari), la DGDEJiM arriba a una conclusió fins a cert punt sorprenent i que, a més, no és necessària per a resoldre el recurs. Així, en el FD 3.4 s'afirma que:

«[L]a usucapió, com a títol d'adquisició de la propietat, és una excepció al principi registral de tracte successiu sempre que es dona *contra tabulas*; tant és així, que fins i tot preval sobre titulars inscrits que tinguin la condició de tercers en els termes que estableix l'article 36 de la LH. Entenem, doncs, que la pretensió de la registradora que es compleixi amb el principi de mecànica registral que comporta el pas d'un titular a l'altre en un supòsit d'usucapió no és compatible amb la mateixa essència de la institució civil. Menys encara en el cas present, en què ha quedat acreditat que el titular registral va morir l'any 1899, que no hi ha hagut des de llavors cap assentament sobre la

¹⁷ Resolucions de 7.9.2006 (JUS/3359/2006; DOGC núm. 4748, de 27-10-2006) i 4.7.2011 (DOGC núm. 5930, de 28.7.2011). Comentades per MARSAL GUILLAMENT a 3 *InDret* (2008) i 4 *InDret* (2011), respectivament.

¹⁸ La ja citada Resolució de 12.6.2014.

¹⁹ JUS/2185/2019 (DOGC núm. 7934, de 7.8.2019). Comentada a 4 *InDret* (2019).

finca i que ha quedat acreditada una possessió pública, pacífica i ininterrompuda i en concepte d'amo o propietari des del temps de la defunció de l'avi de la persona que demana que es declari l'adquisició per usucapió.»

No hi ha cap dubte que la usucapió és un mode originari d'adquirir els drets reals possessoris (i el cens) i que, en conseqüència, el nou titular no porta causa de ningú i, per tant, tampoc del titular registral, contra qui venç la usucapió *contra tabulas* amb les excepcions que preveu l'art. 36 LH respecte a tercers hipotecaris. Però d'aquí no se'n dedueix que aquest tipus d'usucapió constitueixi una excepció al principi registral de tracte successiu, de la mateixa manera que tampoc no ho són els casos en què qualsevol titular extraregstral venci en judici a qui té el dret inscrit a favor seu. El principi de tracte successiu, lluny de ser merament adjectiu, compleix una doble finalitat: d'una banda, garanteix la legalitat d'allò que publica el Registre; de l'altra, representa a nivell registral la interdicció de la indefensió i, de la seva mà, la salvaguarda del dret a la tutela judicial efectiva, que lluny de ser un principi «genèric» (FD 2.2), és nuclear al sistema (art. 24 CE). Per això forma part de la qualificació registral dels documents judicials la comprovació de l'adequació del procediment – que pot justificar, per exemple, la denegació de la inscripció d'una titularitat declarada arran de l'exercici d'una acció reivindicatòria en casos en què hauria estat procedent l'expedient de domini – i dels obstacles que puguin sorgir del Registre (art. 100 RH), entre els quals destaca el fet que el plet no s'hagi seguit contra el titular registral o els seus successors; és a dir, que s'hagi vulnerat el principi de tracta successiu. El fet que la usucapió sigui un mode d'adquisició originari no constitueix, en aquest sentit, una excepció: per tal que es pugui inscriure en contradicció amb un assentament registral caldrà, o bé el consentiment del titular inscrit, o bé una resolució judicial dictada contra aquesta persona o, si escau, aquells que la succeeixin. És cert que en aquest cas han passat molts anys des de la darrera inscripció i que el titular va morir fa més d'un segle, però això no ha de fer perdre de vista els fonaments del sistema.

Qüestió diferent és que, tal i com afirma la DGDEJiM (FD 3.5), no sembla exigible, per tal d'inscriure, que en la resolució judicial de què es tracti es dugui a terme de manera separada i específica una valoració de la legitimació passiva. N'hi ha prou amb què se'n desprengui que s'ha dut a terme. I en el cas, sembla que així va ser: la demanda s'havia interposat contra el titular registral i contra el seu fill, així com contra els hereus i drethavents de tots dos i el procediment es va seguir en rebel·lia, respectant-se totes les prevencions que la Llei processal estableix en aquests supòsits.

5.4. La usucapió i l'herència jacent

Ara bé, en el fons, sembla que el problema principal que fonamenta la qualificació negativa és que la registradora considera que la demanda es va interposar contra l'herència jacent i que, en conseqüència, s'havia de designar defensor judicial o administrador. La DGDEJiM assenyala que no s'al·lega cap norma que imposi aquest nomenament (FD 4.1) – val a dir, però, que tampoc cap norma imposa que es notifiqui als cotitulars la renúncia a una quota en comunitat ordinària, i en canvi la DG l'exigeix²⁰ – i que la registradora sembla basar la seva decisió en la Resolució de la DGRN de 3 d'octubre de 2011, que transcriu en l'informe, però no en la nota, motiu pel qual la DGDEJiM considera que no pot entrar a valorar-la perquè altrament generaria indefensió.

²⁰ RDGDEJ de 19.7.2012 (JUS/1622/2012; DOGC núm. 6191, de 13.8.2012) i RDGDEJ de 21.4.2015 (JUS/975/2015; DOGC núm. 6873). Comentades, respectivament, a 2 *InDret* (2013) i 4 *InDret* (2015).

Tot i això, la DGDEJiM remet a la valoració que va fer de la citada resolució del Ministeri de Justícia a la seva pròpia de 12 de juny de 2014, en el sentit d'entendre que els supòsits d'excepcionalitat que s'hi regulen no tenen «res a veure» amb el que motiva la resolució que ara es comenta (FD 4.3). Com ja hi va haver ocasió de destacar arran de la resolució de 12 de juny de 2014, però també de la de 28 de juny de 2018²¹, en realitat, els supòsits contemplats són anàlegs i la doctrina de la DGRN en aquest punt s'estén sens dubte a casos com el que dona lloc a les resolucions de la DGDEJiM. Per quart cop, si tenim en compte també la resolució de 21 de juny de 2016²², s'obvia donar arguments de dret català que avalin una postura diferent (és a dir, la innecessarietat de nomenar defensor judicial o administrador) i senzillament s'interpreta que la doctrina registral estatal no es dicta per a casos com els que es contemplen (la qual cosa no deixa de ser rellevant, atès que la resolució DGRN de 3 d'octubre de 2011 tenia caràcter de consulta vinculant).

Per finalitzar, la DGDEJiM explica que:

«[e]n tot cas, el que resulta determinant en aquest supòsit és que l'objecte del procediment judicial (*sic*) no es dirigeix contra l'herència jacent o conjunt patrimonial format per una multiplicitat de drets i obligacions [...], sinó únicament contra els seus successors o drethavents com a possibles propietaris d'una finca concreta. I, d'altra banda, considerar que una herència està jacent al cap de 120 anys de la defunció del causant és una construcció de laboratori, incompatible amb la temporalitat de la jacència i contradita en el procediment que ha declarat la usucapció. També seria incompatible, d'altra banda, amb l'extinció del dret de l'hereu a acceptar i repudiar l'herència que, en el moment que ens cal considerar aquesta resolució, es donava pel transkurs de 30 anys, moment en què s'hauria extingit l'estat de jacència.»

Certament, no hi ha dubte que en aquest supòsit no s'interposa una acció de petició d'herència, però no es veu per què una jacència de 120 anys seria una construcció de laboratori ni com queda contradita pel procediment que declara la usucapció: justament, aquest es refereix a un bé concret, que formava part del patrimoni d'un causant, i que un altre subjecte ha adquirit de manera originària pel pas del temps. No sembla que aquesta circumstància (que podria haver tingut lloc al cap de vint anys des de la mort del causant, o fins i tot abans) determini que l'herència estigui o deixi d'estar jacent.

Pel que fa a la referència a l'extinció de la delació (art. 257 CDCC; art. 28 CS; art. 461-11.1 CCC, en la redacció anterior a la Llei 3/2017, de 15 de febrer), que es considera aplicable al cas, també hauria determinat, per a la DGDEJiM, que l'herència hauria deixat d'estar jacent. Potser sí que sota aquella regulació (tinguem present que el 2017 es va alterar el criteri, de manera que no hi ha termini per acceptar o repudiar), s'hauria extingit la delació, però el destí de l'herència (o, més aviat, dels béns que la integren) continuava essent incert, de manera que els mobles es podrien considerar abandonats (i, per tant, es podrien haver adquirit per ocupació) i els immobles, igualment vacants, haurien correspost a l'Estat (actual art. 17 de la Llei 33/2003, de 3 de novembre, de patrimoni de les administracions públiques), amb la qual cosa, en realitat, s'obririen nous problemes de legitimació passiva: s'hauria d'haver demandat l'Estat espanyol?

²¹ JUS/1527/2018; DOGC núm. 7660, de 10.7.2018. Comentada a 4 *InDret* (2018).

²² JUS/1852/2016; DOGC núm. 7175, de 2.8.2016. Comentada a 4 *InDret* (2016).

En definitiva, la DGDEJiM reitera un cop més el criteri conforme al qual les resolucions dictades en procediments contra titulars registrals i qui en porti causa, quan fa molts anys que aquells han mort, i es tracta de constatar una adquisició per usucapió, no requereixen que es nomeni administrador o defensor judicial de l'herència jacent, bé perquè no es considera que ho sigui, bé perquè no s'estima vinculant el criteri de la DGRN recollit a la resolució de 3 d'octubre de 2011. No s'aporten arguments de dret civil català que justifiquin la solució diferent. Qui subscriu comparteix que no és necessària aquesta representació específica del patrimoni hereditari i que, en tot cas, correspon a l'autoritat judicial valorar si cal o no. Nogensmenys, plantejada d'aquesta manera, no es tracta d'una qüestió de dret substantiu, sinó registral.

6. 6. Bibliografia citada

Miriam ANDERSON (2012-2021), "Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació", 3 *InDret* (2012), disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/912_cat.pdf; 2 *InDret* (2013), disponible a: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/975.pdf>; 4 *InDret* (2014), disponible a: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1087.pdf>; 4 *InDret* (2015), disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1185_cat.pdf ; 4 *InDret* (2016), disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1256_cat.pdf; 1 *InDret* (2017), disponible a: ; 4 *InDret* (2018), disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/01/1429-1.pdf>; 4 *InDret* (2019), disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/12/1494.pdf>; 3 *InDret* (2021), disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2021/07/1641.pdf>.

Joan MARSAL GUILLAMET ((2008-2011), "Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques", 3 *InDret* (2008), disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/563_ca.pdf; 1 *InDret* (2010), disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/714_cat.pdf; 4 *InDret* (2011), disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/856_cat.pdf.

Discurso terrorista y libertad de expresión. Comentario a la luz de la Sentencia del TEDH de 22 de junio de 2021 (Erkizia Almandoz c. España), por Mariona LLOBET ANGLÍ

La relevancia jurídico-penal del exceso en el ejercicio de derechos fundamentales en el caso «Aturem el Parlament». Comentario a la STC 133/2021, de 24 de junio, por Francisco FERNÁNDEZ PERALES

«¿A qué hora? y ¿dónde? [...]». Sobre la anticipación de las barreras de punición en el delito de cohecho. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 24 de junio de 2021, por Roberto CRUZ PALMERA

-

* 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.

Discurso terrorista y libertad de expresión

Comentario a la luz de la Sentencia del TEDH de 22 de junio de 2021 (*Erkizia Almandoz c. España*)

Mariona Llobet Anglí
Universidad Pompeu Fabra
mariona.llobet@upf.edu

1. Introducción: tuiteros, cantantes y humoristas frente al art. 578 CP

«Estoy en desacuerdo con lo que dices, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo», la famosa frase que se atribuye a Voltaire, aunque él jamás pronunció¹, se encuentra en grave crisis en la jurisprudencia española. Los números hablan por sí solos: un informe de Amnistía Internacional de 2018² cifra en 3 las personas condenadas por el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas (art. 578 CP) en 2011, momento del anuncio del cese de violencia por parte de ETA, y en alrededor de 70 en los dos años anteriores al informe (2016/2017)³. Por su parte, tomando como referencia el CENDOJ⁴, si entre 2004 y 2011, cuando la banda aún cometía atentados, hubo 33 sentencias por este delito, en los siete años siguientes (2012/2018) hubo 121, casi cuatro veces más, de las que 83 fueron condenatorias.

Además, es necesario hacer otras dos consideraciones: por un lado, aunque esta figura sirve para condenar a sujetos simpatizantes de organizaciones y grupos terroristas, activos o no, básicamente, ETA y el terrorismo islámico⁵, se está usando, sobre todo, para perseguir a cantantes -en especial, raperos-, titiriteros, actores, tuiteros y humoristas. Y, por el otro, hay absoluta inseguridad en cuanto a su aplicación. Así, por ejemplo, el caso de César Strawberry ha terminado con la concesión del amparo, por vulneración de la libertad de

¹ En realidad, su autora es Evelyn Beatrice Hall estudiosa de la vida y obra de Voltaire y autora de una importante biografía titulada *Los amigos de Voltaire (The Friends of Voltaire)* publicada en 1906.

² Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/espana-ley-antiterrorista-utilizada-para-aplastar-la-satira-y-la-expresion-creativa-online/>; última fecha de visita 27-11-2021.

³ Precisamente, entre 2014 y 2016, se produjeron numerosas detenciones bajo el paraguas de operaciones policiales producto de investigaciones en la red social *Twitter*, denominadas por el Ministerio del Interior como «Operaciones Araña». Fruto de cuatro de estas operaciones se detuvieron a 73 personas, enjuiciadas por la AN (competente para ello, en virtud del art. 65.7 LOPJ y la Disposición Transitoria de la LO 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

⁴ Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (cfr. el estudio en: https://www.eldiario.es/politica/enaltecimiento-terrorismo-delito-multiplico-eta_1_2166124.html; última fecha de visita 16-9-2021).

⁵ Aunque, recientemente, ha habido una causa en el ámbito del independentismo gallego. En diciembre de 2020 se ha terminado absolviendo a doce acusados por enaltecer a *Resistencia Galega* (organización considerada terrorista) desde *Causa Galiza* -partido político- y *Ceivar* -organismo popular- (SAN 23/2020, de 22 de diciembre [ECLI:AN:2020:4319]).

expresión, después de ser absuelto por la AN y condenado por el TS por unos tuits⁶. No obstante, otros imputados han seguido otros derroteros, bien frente a la justicia ordinaria, bien frente al TC. Cassandra Vera, al contrario que Strawberry, fue condenada por la AN y absuelta por el TS, por la publicación, de nuevo, de trece tuits⁷. Por su parte, ante el TC, también han llegado los recursos de los (ahora famosos) condenados en doble instancia Valtonyc⁸ y Pablo Hasél⁹ por las letras de sus canciones y/o tuits, pero han corrido peor suerte, al haberseles denegado el amparo -aunque, en todas las instancias, abundan los votos particulares-.

La proliferación de enjuiciamientos que deja el panorama expuesto ha alarmado, incluso, tanto a algunos miembros de la judicatura¹⁰, como a algunas víctimas del terrorismo, que han expresado públicamente su rechazo ante tal retroceso de la libertad de expresión¹¹, y, especialmente, a buena parte de la comunidad académica¹². Y, en lo que aquí interesa, este rechazo a una interpretación demasiado amplia de los delitos de opinión en torno al terrorismo también ha sido manifestada por el TEDH en su reciente Sentencia de 22 de junio de 2021 en el caso *Erkizia Almandoz c. España*. En ella, el Alto Tribunal condena a España por haber vulnerado la libertad de expresión del recurrente, quien, por participar en un acto homenaje de un antiguo dirigente de ETA, fue hallado culpable de enaltecer el terrorismo. Antes de entrar en el contenido de esta sentencia, no obstante, hay que contextualizar, en primer lugar, el marco normativo en el que se inserta esta figura delictiva, así como la discusión sobre su legitimidad (apartado 1), y,

⁶ Véase SAN 20/2016, de 18 de julio (ECLI:AN:2016:2767); STS 4/2017, Penal, de 18 de enero (ECLI:TS:2017:31); STC (Pleno) 35/2020, de 25 de febrero (BOE núm. 83, de 26 de marzo de 2020).

⁷ Véase SAN 9/2017, de 29 de marzo (ECLI:AN:2017:514); STS 95/2018, Penal, de 26 de febrero (ECLI:TS:2018:493).

⁸ Por las letras de canciones publicadas en internet, la STS 79/2018, Penal, de 15 de febrero (ECLI:TS:2018:397), confirma la condena de tres años y medio de cárcel dictada por la AN (SAN 4/2017, de 21 de febrero [ECLI:AN:2017:494]) por enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas y, también, por injurias a la Corona y amenazas no condicionales, y el TC no admite a trámite su recurso de amparo (Providencia 1242/2018, de 19 de abril).

⁹ En este caso se acumulan dos causas. En la primera, se le condena, sobre la letra de algunas de sus canciones, por delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo a la pena de dos años de prisión (SAN 8/2014, de 31 de marzo (ECLI:AN:2014:1319), confirmada por la STS 106/2015, Penal, de 19 de febrero (ECLI:TS:2015:748), aunque la privación de libertad queda suspendida). En la segunda causa, sobre la base de unos tuits, condena la SAN 3/2018, de 2 de marzo (ECLI:AN:2018:27), en virtud, de nuevo, del art. 578 CP, a la pena de 9 meses de prisión (tras recurrir, ante la Sala de Apelaciones de la AN, la pena de dos años impuesta inicialmente) y, también, por los delitos de injurias a la Corona y a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado a las correspondientes penas de multa. En este caso, confirma el fallo condenatorio la STS 135/2020, Penal, de 7 de mayo (ECLI:TS:2020:1298), e inadmite a trámite el recurso de amparo la resolución del TC de 23 de noviembre de 2020 (sobre la segunda causa, DOPICO GÓMEZ-ALLER, «El segundo ‘caso Pablo Hasél’», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, [20], 2021, pp. 393-414).

¹⁰ Cfr. la crítica de las asociaciones Jueces para la Democracia (JpD) y la Unión Progresista de Fiscales (UpF) de alguna condena y sobre que los delitos de expresión supongan un tercio de los casos de terrorismo de la AN (cfr. <https://heraldodiariodesoria.elmundo.es/articulo/cultura/division-jueces-fiscales/20170128183808248668.html>; última fecha de visita 16-9-2021).

¹¹ Así, Irene Villa, respecto a chistes y tuits sobre ella, quien manifestó que ‘no la ofenden’ (véase <https://www.abc.es/madrid/20150615/abci-entrevista-irene-villa-201506142128.html>; última fecha de visita 16-9-2021); y la nieta de Carrero Blanco quien afirmó, en una carta, ser ‘un disparate’ pedir cárcel por tuits sobre su abuelo (disponible en: https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/carrero-sintoma_129_3595781.html; última fecha de visita 16-9-2021).

¹² Por ejemplo, en 2017, un grupo de más de 200 profesores universitarios de Derecho penal firmaron un manifiesto escrito por el catedrático de la UC3, Jacobo Dopico Aller, alarmados ante las interpretaciones que proponen pasar a considerar delictivas las sátiras de humor negro sobre la muerte de Carrero Blanco (cfr. el manifiesto en: https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/carrero-sintoma_129_3595781.html; última fecha de visita 16-9-2000).

en segundo lugar, describir la doctrina sentada tanto por el TEDH como por el TC español sobre los límites de la libertad de expresión respecto del *discurso del odio* (apartado 2). Una vez establecidos estos presupuestos legales y jurisprudenciales se narrará, en tercer lugar, el periplo judicial del caso *Erkizia* y los argumentos que han llevado al TEDH a fallar en su favor (apartado 3). Finalmente (apartado 4), se realizarán algunas consideraciones descriptivas y valorativas sobre el actual panorama político-criminal y judicial respecto de los delitos de opinión que se divisa en España. Por tanto, este comentario, más que de una concreta sentencia, lo es *a su luz*.

2. Contextualización normativa entorno al art. 578 CP: evolución, alcance y legitimidad

Actualmente, el denominado *discurso del terrorismo*¹⁵ se encuentra tipificado autónomamente en el art. 578 CP y castiga, con pena de prisión de uno a tres años y multa: «el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos [de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares». Así, sobre este precepto, son destacables tres aspectos: uno, su historia y evolución; dos, su alcance típico; y, tres, la polémica sobre su legitimidad.

Como es sabido, el Código Penal de 1995 regula, en su art. 18.1.II, la tradicional figura de la apología, esto es, la exposición de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. Sin embargo, la configura como una modalidad de provocación exigiendo que, para ser punible, tiene que constituir una incitación directa a la comisión de un delito. Por esta razón, la LO 7/2000¹⁴ reintrodujo¹⁵ un delito autónomo en la parte especial que castiga el apoyo ideológico o la solidaridad moral en torno al terrorismo. En concreto, tres son las conductas típicas: primero, enaltecer los crímenes terroristas o sus autores, segundo, justificarlos, o, tercero, humillar a las víctimas¹⁶. Así, pues, se castiga la expresión de ideas favorables a los delitos de terrorismo y a quienes los ejecutan, esto es, se criminaliza la verbalización de aquel pensamiento que exalta, justifica o, incluso, simpatiza, trivializa, minimiza o se jacta de la violencia como medio de lucha política. Además, en consonancia con la política criminal expansiva en esta materia, dicho precepto vivió una importante reforma en el año 2015¹⁷, que amplió su alcance típico y la sanción impuesta tanto del tipo básico, como de dos nuevas modalidades agravadas: a saber, cuando los hechos se cometan a través de las TIC, o cuando

¹³ Cfr. CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2019, *passim*, pp. 107 ss.

¹⁴ De 22 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo.

¹⁵ Cfr. el art. 268 CP de 1973.

¹⁶ De aquí que, como pone de relieve la doctrina, el art. 578 CP mezcla dos modalidades delictivas muy distintas: enaltecer o justificar el terrorismo, por un lado, y humillar a sus víctimas, por el otro (*vid.* BERNAL DEL CASTILLO, «El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del ‘discurso del odio’», *RDPC*, [16], 2016, pp. 18 y 27 ss.; CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?*, 2019, p. 34, nota 27; 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 *et al.* [dirs.], *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 343; MIRÓ LLINARES, «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en EL MISMO (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 36).

¹⁷ LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública. Así, en la actualidad, la pena puede alcanzar los tres o los cuatro años y medio de prisión, respectivamente.

Sentado lo anterior, es fácil divisar que el principal problema es su fricción con la libertad de expresión, tanto en su manifestación de libertad individual básica, como en su configuración de elemento conformador de nuestro sistema político democrático¹⁸. De aquí que se hayan alzado voces que consideren que se trata de un delito inconstitucional¹⁹. No obstante, lo cierto es que la Directiva 2017/541²⁰ avala, expresamente, la tipificación de la apología en su art. 5, cuando pueda incitar no solo directa, sino también indirectamente, a la comisión de delitos de terrorismo. Lo que ocurre es que, para evitar su aplicación autoritaria, establece unos límites en los siguientes términos: «La expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas delicadas queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva y, en especial, de la definición de provocación pública a la comisión de delitos de terrorismo» (considerando 40). Por ello, solo deben tipificarse las conductas que conlleven el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas y, en cada caso concreto, al examinar si aquel se ha materializado, «se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto», y «la importancia y verosimilitud del riesgo» (considerando 10). Así, para proteger la libertad de expresión, rige el estándar según el cual sólo se puede castigar por delitos de *inflammatory speech* cuando las conductas sean idóneas para mover a terceras personas a la comisión de delitos, pero no por su mero «contenido irritante o escandaloso»²¹.

En consecuencia, tanto en su tipificación como en su aplicación al caso concreto, hay que determinar los límites tolerables del castigo penal respecto del *discurso terrorista*, esto es, qué conductas quedan amparadas por la libertad de expresión y cuáles han de reputarse delictivas. De aquí que el TEDH haya elaborado una doctrina sobre las injerencias legítimas de un estado a la hora de limitar aquella libertad ante el denominado *discurso del odio*, en la que se integra el *discurso terrorista*²². Doctrina a la que, en teoría, el TC dice adherirse, aunque, «del dicho al hecho

¹⁸ La STC (Pleno) 235/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007), establece que «el art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática». Sobre el carácter institucional de la libertad de expresión *vid.*, también, la STC 177/2015, de 22 de julio, y ALCÁCER GUIRAO, «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *RECPC*, (14-02), 2012, pp. 10 ss.; y, respecto a la sobrelimitación de la libertad de expresión política, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor», *RJUAM*, (36), 2017, pp. 125 ss.

¹⁹ Cfr. LLOBET ANGLÍ, «¿Qué fue de la libertad de expresión y la disidencia política en la apología del terrorismo? En busca de su bien jurídico protegido», en MASFERRER (ed.), *Estado de Derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 545-592; BERNAL DEL CASTILLO, *RDPC*, (16), 2016, p. 16.

²⁰ Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo, y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

²¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Eunomía*, (20), 2021, p. 400.

²² Tanto la jurisprudencia europea como la española y, también, parte de la doctrina (muy especialmente, BERNAL DEL CASTILLO, *RDPC*, [16], 2016, pp. 17 ss.) integran el *discurso terrorista* (especie) en el *discurso del odio* (género) -véase un detallado análisis sobre esta cuestión en CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?*, 2019, *passim*. Así, el marco de este discurso, aplicado inicialmente a los delitos de provocación al odio y la discriminación y a la justificación del genocidio, se ha trasladado progresivamente a la apología del terrorismo.

va mucho trecho», como demuestra el reciente fallo condenando a España en el caso *Erkizia*, y como ya manifestó el Magistrado Andrés Ollero Tassara en su voto particular a la STC 190/2020, de 15 de diciembre, en el caso de los ultrajes a la bandera española. Como pone de relieve, él era el ponente inicial de la Sentencia, pero fue sustituido al no contar su borrador con el apoyo de la mayoría. Sin embargo, el nuevo magistrado ponente mantuvo los iniciales fundamentos 3 y 4, reproduciéndolos literalmente con los números 4 y 3. En concreto, declara su *copyright* sobre 273 líneas del segundo borrador, a las que se añadieron las 175 del nuevo fundamento jurídico 5, destinado a respaldar el fallo denegatorio de amparo. Por ello denuncia que «las mismas premisas sirvieron pues para argumentar un fallo contrario; nada novedoso, en lo que a argumentación jurídica se refiere». A continuación, pues, se describirá la doctrina europea y constitucional sobre los límites de la libertad de expresión en el concreto ámbito del *discurso terrorista*, para, después, pasar a comentar la reciente STEDH del caso *Erkizia Amador c. España*, así como sus antecedentes.

3. Libertad de expresión y apología del terrorismo: doctrina del TEDH y del TC

Es doctrina sentada por el TEDH que la libertad de expresión (art. 10.1 CEDH) no es ilimitada y que, entre otras excepciones, no ampara el *discurso del odio*²³. Este discurso, que tiene múltiples facetas, contempla como a uno de sus principales referentes al *discurso terrorista*²⁴. Por ello, en este ámbito, se califica de *discurso del odio*, la alabanza o la justificación de acciones terroristas o de sus autores²⁵, siempre que pueda inferirse que suponen un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito. Desde esta perspectiva, su castigo se considera una medida necesaria («necesidad social apremiante o imperiosa»), para lograr unos fines legítimos y, como consecuencia, tales manifestaciones no pueden incluirse dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica²⁶. Para tal ponderación, además, resultan relevantes aspectos como: el mayor o menor impacto de difusión pública²⁷; las circunstancias personales de quien realiza la conducta;²⁸ su coincidencia en el tiempo con actos terroristas²⁹ o la acreditación de un contexto de violencia en que esa manifestación hubiera tenido alguna influencia³⁰; o el contenido de las concretas manifestaciones proferidas, destacando que la valoración debe ser especialmente cautelosa cuando, aunque se trate de tonos hostiles e incluso de la defensa de objetivos

²³ Ante todo, *vid.* las limitaciones establecidas ya en el propio apartado 2º del art. 10 CEDH, así como en su art. 17.

²⁴ Como indican la STC (Sala) 112/2016, de 20 de junio (BOE núm. 181, de 28 de julio de 2016), y la STC (Pleno) 35/2020, de 26 de marzo (BOE núm. 83, de 26 de marzo de 2020): «las manifestaciones más toscas del denominado discurso del odio son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes».

²⁵ Como ejemplos de casos de respaldo de la propia actividad *vid.* SSTEDH de 16 de marzo de 2000, caso *Özgür Gündem c. Turquía*; 7 de febrero de 2006, caso *Halis Dogan c. Turquía*; 7 de marzo de 2006, caso *Hocaoğullari c. Turquía*. Y, como supuestos de reconocimiento de sus autores: SSTEDH de 28 de septiembre de 1999, asunto *Öztürk c. Turquía*; 2 de octubre de 2008, caso *Leroy c. Francia*.

²⁶ *Vid.* SSTEDH de 8 de julio de 1999, caso *Sürek and Ozdemir c. Turquía*; 4 de diciembre de 2003, caso *Gündüz c. Turquía*; 2 de octubre de 2008, caso *Leroy c. Francia*.

²⁷ SSTEDH de 8 de julio de 1999, caso *Gerger c. Turquía*; 2 de octubre de 2008, caso *Leroy c. Francia*.

²⁸ SSTEDH de 23 de abril de 1992, caso *Castells c. España*; 1 de febrero de 2011, caso *Faruk Temel c. Turquía*; 15 de marzo de 2011, caso *Otegi Mondragón c. España*; Decisión de 20 de enero de 2000, caso *Hogefeld c. Alemania*.

²⁹ SSTEDH de 25 de noviembre de 1997, caso *Zana c. Turquía*; 2 de octubre de 2008, caso *Leroy c. Francia*.

³⁰ STEDH de 28 de septiembre de 1999, caso *Öztürk c. Turquía*.

contrarios al orden legal y constitucional establecidos, no puedan ser identificados como defensa de actitudes violentas en la consecución de esos objetivos³¹.

Sin embargo, esta doctrina genera muchas dudas sobre su aplicación al caso concreto, es decir, en cuanto a su subsunción en un supuesto de hecho específico³². Sin ir más lejos, el TC la sigue formalmente en el caso *Erkizia* (Sentencia 112/2016)³³, pero, curiosamente (o no, como acaba de indicarse), deniega el amparo³⁴. Según indica, «la sanción penal de las conductas apologéticas supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Por tanto, la labor de control de constitucionalidad debe quedar limitada a verificar si en cada caso las resoluciones judiciales impugnadas, al imponer la sanción penal, han ponderado esa concreta exigencia, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, de que la conducta desarrollada (...) pudiera ser considerada una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia»³⁵.

4. Recorrido judicial del caso *Erkizia*

4.1. Condena nacional

El 21 de diciembre de 2008, en la localidad de Arrigorriaga (Vizcaya), Erkizia Almandoz participó como principal orador en un acto destinado a rendir homenaje a un antiguo dirigente de la organización terrorista ETA, José Miguel Bergarán Ordeñana, alias «Argala». Durante su celebración, en la que actuaron bailarines (*dantzaris*) y donde figuraba una gran fotografía suya, así como las de otros miembros encapuchados de la banda, y de presos, el futuro demandante, político vasco independentista, se dirigió al público y les pidió: «una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático», terminando con los gritos «*Gora Euskal Herria askatuta*», «*Gora Euskal Herria euskalduna*» y «*Gora Argala*» (¡Viva *Euskal Herria* libre! ¡Viva *Euskal Herria* vasca! ¡Viva Argala!). Previamente, al subir al escenario, Erkizia colocó un clavel rojo sobre el soporte en el que se apoyaba la fotografía de Argala. Por último, el acto se publicitó mediante carteles pegados en las calles en los que se transcribía un texto atribuido al homenajeado en que se mencionaba lo siguiente: «La lucha armada no nos gusta a nadie, la lucha armada es desagradable, es dura, a consecuencia de ellas se va a la cárcel, al exilio, se es torturado; a

³¹ SSTEDH de 11 de diciembre de 2007, caso *Karakoyun y Taran c. Turquía*; 21 de febrero de 2008, caso *Yalciner c. Turquía*.

³² Ya, en este sentido, BERNAL DEL CASTILLO, *RDPC*, (16), p. 24.

³³ También en el caso «*Strawberry*» (STC [Pleno] 35/2020, de 26 de marzo [BOE núm. 83, de 26 de marzo de 2020]). Se sigue lo establecido en la STC (Pleno) 177/2015, de 22 de julio (BOE núm. 200, de 21 de agosto de 2015), sobre el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia.

³⁴ En este sentido véase el voto particular formulado por el Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos. A su juicio, una profundización de la doctrina constitucional aplicable al caso, que comparte con la mayoría, hubiera debido llevar a concluir que no concurrían «los elementos que hacen que la sanción impuesta sea necesaria y proporcionada desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión». En concreto, considera que deberían haberse analizado en mayor medida el impacto de la difusión pública, las circunstancias personales de quien realiza la conducta citando jurisprudencia del TEDH y el contexto de violencia en el que se realizó el acto.

³⁵ Cursiva añadida. En definitiva, pues, no pueden ser delictivas expresiones que no generen riesgo de incitar a nuevos delitos.

consecuencia de ella se puede morir, se ve uno obligado a matar, endurece a la persona, le hace daño, pero la lucha armada es imprescindible para avanzar».

Por su discurso, la AN (Sentencia 24/2011, de 3 de mayo) le condenó como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP) a la pena de un año de prisión y siete años de inhabilitación absoluta³⁶. Ante tal fallo presentó recurso de casación ante el TS, alegando, entre otros motivos, la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la libertad de expresión (art. 20.1 a CE), el cual fue desestimado mediante Sentencia 180/2012, de 14 de marzo, con un voto particular discrepante. Finalmente, acudió a la jurisdicción constitucional y recurrió en amparo su condena por vulneración de los mismos derechos, lo que fue también desestimado por la Sentencia 112/2016³⁷, y que también cuenta con un voto particular en contra, como se ha indicado.

A juicio del TC, fue una manifestación del *discurso del odio*, al estar presentes todos los requisitos necesarios para ello: fue una expresión de odio basado en la intolerancia; manifestado a través de un nacionalismo agresivo; y con inequívoca presencia de hostilidad hacia otros individuos. Además, hubo una instigación a la violencia, pues, siguiendo la doctrina sentada por el TEDH³⁸, «la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo». Incitar supone siempre llevar a cabo una acción que *ex ante* implique elevar el riesgo de que se produzca tal conducta violenta. Desde esta perspectiva, la acción realizada por el demandante creó «un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo, singularmente si se tienen en cuenta las circunstancias en las que cursaron los hechos: fue un acto público, previamente publicitado mediante carteles pegados en las calles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social». Por ello concluye que es incuestionable, para un espectador objetivo, «que la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia».

4.2. Varapalo europeo

Ante tal resolución, como última instancia, el condenado presentó un recurso ante el TEDH sosteniendo que los tribunales españoles habían vulnerado su derecho a la libertad de expresión, de conformidad con el art. 10 CEDH, dado que con su discurso no apelaba a la comisión de actos violentos. En consecuencia, la pena impuesta constituía un castigo que no respondía a una necesidad imperiosa de castigo en el marco de una sociedad democrática, enfatizando el contexto en que se produjeron sus declaraciones: un momento en el que el movimiento independentista vasco debatía sobre el uso de medios pacíficos para conseguir sus objetivos políticos. En cambio, el Gobierno argumentó que las palabras del demandante suponían una incitación al odio mediante la lucha terrorista en una sociedad democrática, al ser claramente entendidas por los miembros de ETA como un apoyo a la actividad terrorista. Por ello, consideró que la injerencia en la libertad de expresión estaba fundada en las causas que permite el art. 10.2 del Convenio y era proporcional, pues no se impuso una privación efectiva de libertad, sino solo la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos.

³⁶ Cfr., también, el actual art. 579 bis 1 CP (art. 579.2 en el momento de comisión de los hechos).

³⁷ Sobre ella, ROLLNERT LIERN, «El discurso del odio y los límites a la libertad de expresión: de la zona intermedia a los estándares internacionales», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2018, pp. 255-273.

³⁸ Sentencia de 16 de julio de 2009, caso *Feret c. Bélgica*.

No obstante, el TEDH, partiendo de su función -esto es, determinar si el castigo fue necesario y proporcional al fin legítimo perseguido (básicamente, la protección del orden público o la prevención de delitos) y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarlo se presentaron como pertinentes y suficientes- considera que no resulta probada la existencia de una incitación directa o indirecta a la violencia terrorista. A su juicio, el discurso del demandante parecía, más bien, abogar por una vía democrática para alcanzar los objetivos políticos de la izquierda *abertzale*. Por ello, concluye que la injerencia de las autoridades en el derecho a la libertad de expresión no puede calificarse de «necesaria en una sociedad democrática» y falla que se ha vulnerado el art. 10 CEDH (libertad de expresión), atendiendo a una serie de factores -que pivotan, básicamente, alrededor del contexto del caso, elemento que considera esencial-, y que sistematiza del siguiente modo: (i) el *contexto* político y social en el que se vertieron los comentarios; (ii) la cuestión de si las palabras, correctamente interpretadas y apreciadas en su *contexto* inmediato o más general, pueden ser consideradas un llamamiento directo o indirecto a la violencia, al odio o a la intolerancia; (iii) la forma en que se formularon las observaciones, y su capacidad, directa o indirecta, de dañar (en ese contexto).

Sentado lo anterior, pues, el Tribunal analiza estas pautas en relación con el caso enjuiciado. Así, aunque parte de que los comentarios del demandante sobre la integridad territorial en España eran de interés general en el contexto social español y, en particular, en el del País Vasco, también indica que ello no implica que el derecho a la libertad de expresión en este ámbito sea ilimitado. En concreto, se debe determinar si el discurso pronunciado fue manifestación del *discurso del odio*, lo que, a su juicio, no concurre, partiendo de los citados criterios:

1) preexistía un contexto político y social tenso; 2) el alegato, leído en su conjunto, no fomentaba el uso de la violencia o la resistencia armada, ni directa ni indirectamente. De hecho, el solicitante expresó explícitamente que era necesario elegir el camino más adecuado para conducir al pueblo hacia un escenario democrático. Así, a pesar de que algunas de las expresiones utilizadas podrían considerarse ambiguas, no se puede llegar a la conclusión de que tuvo la intención de incitar a la violencia, mediante la justificación y el elogio del terrorismo. El Tribunal observa, en particular, que el demandante no fue ni el organizador del evento ni el responsable de la proyección de fotografías de miembros encapuchados de ETA, por lo que su participación en el acto no puede ser considerada, en sí misma, como una llamada para el uso de la violencia o como constitutiva de *discurso del odio*; 3) las declaraciones fueron vertidas oralmente en el contexto de un evento que reunió a partidarios del movimiento separatista del País Vasco. Por ello, concluye que, por la forma en que las palabras fueron expresadas, no tuvieron una aptitud particular para dañar.

Por el contrario, uno de los votos particulares³⁹, el del juez Dedov, considera que no hubo violación del art. 10. A su juicio, en lo que respecta al contexto del medio de expresión como uno de los criterios para determinar si la injerencia era necesaria para combatir el enaltecimiento del terrorismo, hubiera debido prestarse atención a diversos símbolos asociados al evento (como el retrato de un líder de ETA). En el momento del acto, el demandante pronunció un discurso rodeado de estos símbolos, que, pese a no ser una pieza clave en la organización y planificación de este evento, fue fundamental para la realización de toda la idea que lo rodeó.

³⁹ La Sentencia cuenta con dos votos particulares. Sin embargo, el otro, firmado por el juez Lemmens, señala estar de acuerdo con la conclusión de la mayoría. A su juicio, el problema en este caso no son sólo las decisiones de los tribunales nacionales, sino también la base legal de la condena, es decir, el art. 578 CP. Considera que sería mejor abandonar el ambiguo término 'justificación', o, al menos, utilizarlo sólo después de aclarar su alcance.

4.3. Algunas observaciones críticas: argumentación que no da de pleno en la diana

Descrita la argumentación del TEDH, ¿es esta congruente, clara y suficiente? Pues bien, a mi juicio no, o, al menos, no suficientemente, aunque se comparte el fallo. Dejando de lado cierta circularidad⁴⁰ y referencias sin incidencia en el caso⁴¹, se observa que los aspectos clave para fallar a favor del demandante son: por un lado, el propio *contenido* de la opinión vertida (no hubo incitación a la violencia) y, por el otro, el *modo* en que se realizaron, que incluye la *forma* (oralmente) y el *lugar* (ante una concurrencia de personas de la misma ideología), por lo que eran *ex ante* inidóneas para inducir a la violencia.

Así, en primer lugar, faltando lo primero, lo segundo debería servir a mayor abundamiento. En consecuencia, aunque se hubiera retransmitido el acto a través de otro medio de mayor difusión (TV, internet, etc.), la conclusión debería haber sido la misma: del propio contenido de las expresiones realizadas no se vislumbraba un llamamiento a la violencia. Punto. Y, en segundo lugar, parece inferirse que otras conductas apologetas, como organizar actos conmemorativos de terroristas o mostrar sus fotos, en las mismas circunstancias (poca trascendencia pública más allá de quienes comparten la misma visión), podrían ser consideradas manifestaciones del *discurso del odio*. Obsérvese que el Tribunal hace hincapié en que Erkizia no organizó el acto ni proyectó fotografías de etarras (y el voto particular menciona que estas circunstancias, que rodearon el evento, deberían haberse valorado para fallar en sentido contrario).

Por tanto, se colige que, de haberlo hecho, las cosas podrían haber sido distintas⁴². Sin embargo, es igualmente discutible que tales conductas resulten idóneas para fomentar la situación de violencia terrorista, sobre todo, cuando los asistentes pertenecen al mismo colectivo ideológico. Son actos (simbólico-comunicativos) de reafirmación interna. Pero, sin ellos, los que ya están dentro siguen firmes en sus postulados, y los que no lo están ratifican la importancia de seguir luchando contra el terrorismo (y sus simpatizantes). No incrementan, en definitiva, el riesgo de acciones terroristas, por lo que no se insertan en el *discurso del odio*. Y, para muestra, aunque tales conductas han sido constitutivas de delito la mayor parte del periodo activo de ETA (se destipificaron, solo, entre 1995 y 2000) la comisión de atentados no incrementó o disminuyó en función de ello. Por tanto, no se constata un efecto perjudicial sobre la prevención del terrorismo⁴³ que legitime el castigo, al menos, de meros actos conmemorativos de sus figuras representativas.

⁴⁰ Cfr., especialmente, los párrafos 43 y ss., en los que se dice que se ha de tomar en cuenta el interés general, atendiendo al contexto social, aunque ello no implica que la libertad de expresión sea ilimitada, pues el *discurso del odio* no puede tolerarse en ningún caso, y, para saber si concurre tal discurso, ha de tomarse en cuenta el contexto social; y el párrafo 50 que reitera que la naturaleza y la gravedad de las penas impuestas son también factores que deben tenerse en cuenta al apreciar la proporcionalidad de la injerencia y que la pena de prisión sólo es compatible con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales, como en el caso, por ejemplo, de la difusión de discursos de odio o de incitación a la violencia. Por tanto, en este caso, el problema no era la naturaleza de la sanción sino, simplemente, que las expresiones no fueron manifestación del *discurso del odio*.

⁴¹ Cfr. el párrafo 42, que incide sobre las características personales del demandante: persona importante en el panorama político, pero que en el momento de los hechos ejerció como particular, que no se vuelve a mencionar.

⁴² Aunque llama la atención que nadie más fuera imputado: ningún organizador o colaborador del acto. También lo pone de relieve el voto particular del caso a la STC.

⁴³ En este sentido, cfr. la STEDH de 28 de septiembre de 1999, *caso Östürk c. Turquía*, en el que el Tribunal no se convence del efecto perjudicial que el contenido de un libro podría haber tenido sobre la prevención del desorden y del delito en Turquía.

5. Conclusiones: la protección de los sentimientos y la inconstitucionalidad del tipo básico del art. 578 CP

Para terminar este comentario a la luz de la STEDH referida es necesario hacer dos consideraciones: la primera, político-criminal; la segunda, constitucional. Respecto a la primera, como es sabido, con la llegada del nuevo milenio, se describió un cambio de paradigma en el Derecho penal, denominado de la seguridad, en contraposición al paradigma de la libertad, que había caracterizado al Derecho penal de finales de siglo pasado⁴⁴. No obstante, por un lado, en la actualidad, este paradigma de la seguridad no se ha abandonado, ni mucho menos. De hecho, sigue prosperando, en especial, en materia de crimen organizado y terrorismo⁴⁵. Pero, además, por el otro lado -y en lo que aquí interesa-, se le han yuxtapuesto, paulatinamente, otros paradigmas, que están conllevando una expansión del Derecho penal hasta límites insoportables e insospechados, siendo, uno de ellos, el paradigma de los sentimientos⁴⁶.

Ciertamente, sobre la legitimidad de su protección, la doctrina le ha prestado atención en los últimos tiempos⁴⁷, convirtiéndose en un aspecto muy relevante de la política criminal moderna⁴⁸. Así, aunque no procede aquí un análisis valorativo y general sobre la justificación de su castigo, sí se pretende realizar una mera consideración descriptiva concreta, a saber: lo que, en relación al art. 578 CP, los tribunales españoles esconden bajo el paradigma de la seguridad encaja, en realidad, en el de los sentimientos⁴⁹. La persecución de conductas como las expuestas no se explica desde una perspectiva prospectiva, esto es, como acto preparatorio de futuros delitos, por mucho que la jurisprudencia se esfuerce en disfrazarlo bajo este paraguas. Por el contrario, la perspectiva es retrospectiva⁵⁰: los atentados terroristas sufridos en los últimos 50 años han

⁴⁴ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, *passim*.

⁴⁵ Cfr. los preámbulos de las últimas tres reformas en materia de criminalidad organizada y terrorismo (LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; LO 2/2015, de 30 de marzo; y la LO 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional).

⁴⁶ El otro sería el paradigma del género. Asimismo, tal expansión se produce desde dos frentes: el legislativo (o de creación de derecho) y el jurisprudencial (o aplicativo), auspiciado por el sentir de una buena parte de la población.

⁴⁷ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, «Cocinar cristos y quemar coranes. Identidad religiosa y Derecho penal», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2018, pp. 73 ss.; CARBONELL MATEU, «Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal», pp. 331 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «El origen de las penas en Beccaria y su vigencia actual», en LÓPEZ GUERRA *et al.* (dirs.), *Constitución y desarrollo político. Estudios en Homenaje al profesor Jorge de Esteban*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 139-158; HÖRNLE, «La protección de sentimientos en el StGB», en HEFENDEHL *et al.* (ed.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 383 ss.

⁴⁸ Cfr. la obra de FEINBERG, *Offense to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1985, *passim*, para distinguir entre el daño a intereses y la ofensa a valores o sentimientos. Sobre su concepción y desarrollo posterior, MIRÓ LLINARES, «La criminalización de conductas ofensivas. A propósito del debate anglosajón sobre los límites morales del Derecho penal», *RECPC*, 17-23, 2015, pp. 13 ss.

⁴⁹ De la misma opinión, CARBONELL MATEU, «Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal» 2018, p. 344. Véase un análisis jurisprudencial evolutivo en GALÁN MUÑOZ, «El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?», *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Vol. 9, (1), 2019, pp. 100 ss.; y, sobre el estado de la cuestión, ALONSO RIMO, «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», *RDPC*, (4), 2010, pp. 36 ss.; MIRÓ LLINARES, en EL MISMO (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2018, pp. 37-38.

⁵⁰ Como pone de relieve SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 154, «la sanción de la apología no puede fundamentarse más que de tres modos: a) de modo retrospectivo, como comportamiento postdelictivo en conexión con el delito cometido; b) de modo actual, como

causado, como no puede ser de otro modo, tanto dolor, que resulta insoportable su enaltecimiento, su justificación, e, incluso, su trivialización. Ese eco no puede ser tolerado y, en este sentido, es muy gráfica la STS 646/2018, de 14 de diciembre: «en materia de delitos de odio en relación con el terrorismo, ha de situarse el discurso típico en el especial sufrimiento de la sociedad española por los actos terroristas». De aquí que, en realidad, sea una ofensa a los sentimientos generales, esto es, a la moral colectiva⁵¹. De hecho, esta era su orientación inicial: como indica la exposición de motivos de la LO 7/2003, las conductas de enaltecimiento y justificación del terrorismo merecen un claro reproche penal porque «*producen perplejidad e indignación en la sociedad*» -pero no para evitar la comisión de nuevos atentados-.

Y, a mayor abundamiento, de aquí que, por un lado, la otra modalidad típica sea la humillación de las víctimas del terrorismo, lo que no tiene nada que ver con la provocación indirecta a la comisión de delitos, como llega a reconocer la propia jurisprudencia⁵²; y, por el otro, que tanto el art. 170.2 CP⁵³, como el art. 579 CP tipifiquen, expresamente, distintas modalidades de reclamaciones públicas o de difusión de consignas que induzcan a la comisión de delitos, esto es, de incitaciones *sui generis*. En definitiva, tanto una interpretación sistemática como teleológica indican que el objeto de tutela no es la seguridad. Basta echar un ojo a la realidad para comprobar que las pretendidas interpretaciones basadas en los principios de favor *libertatis*⁵⁴, *breathing space*⁵⁵ o *chilling effect*⁵⁶ palidecen, precisamente, porque la verdadera concepción del bien jurídico acogida tiene que ver con los sentimientos. Y, es que, ¿cuántos casos existen en los tribunales de apología del terrorismo islámico y cuántos del extinto terrorismo de ETA (o de otras organizaciones, como el GRAPO)⁵⁷?

Y, precisamente, conectada con esta idea, surge el segundo problema anunciado, sobre la constitucionalidad del precepto. Si la legitimidad del castigo de la apología del terrorismo es la persecución del *discurso del odio*, la modalidad básica del art. 578 CP habría de reputarse inconstitucional. A saber, el propio TC, aunque no lo dice expresamente, realiza, en el caso *Erkizia* -y sigue en el caso *Strawberry*-, una sentencia interpretativa⁵⁸, según la cual sólo es

comportamiento que en sí mismo supone una negación simbólica de la norma vulnerada, al reafirmar el delito; c) de modo prospectivo, como acto preparatorio de futuros delitos».

⁵¹ MIRÓ LLINARES, en EL MISMO (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, 2018, p. 38.

⁵² «La libertad ideológica o de expresión no puede ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación» (STS 623/2016, Penal, de 13 de julio [ECLI:TS:2016:3113]), aunque, en la jurisprudencia del TS, hay sentencias que hacen referencia a ese necesario elemento incitador también en esta modalidad (STS 95/2018, Penal, de 26 de febrero [ECLI:TS:2018:493]); y, el TC, en su Sentencia (Pleno) 35/2020, de 26 de marzo (BOE núm. 83, de 26 de marzo de 2020, reitera la naturaleza de *discurso del odio* en las dos variantes del art. 578 CP. Sin embargo, otra corriente jurisprudencial niega la necesidad de verificar el elemento tendencial y de concreción del riesgo en el tipo de humillación (SSTS 646/2018, Penal, de 14 de diciembre [ECLI:TS:2018:4133], con ulteriores referencias, y 291/2020, Penal, de 10 de junio [ECLI:TS:2020:1913], que, posterior al fallo del TC, se conforma con un riesgo abstracto). En definitiva, «ni sí, ni no, sino todo lo contrario».

⁵³ Véase ALONSO RIMO, *RDPC*, (4), 2010, pp. 72 ss., aunque este autor intenta arreglar el entuerto.

⁵⁴ STS 106/2015, Penal, de 19 de febrero (ECLI:TS:2015:748).

⁵⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Eunomía*, (20), 2021, p. 412.

⁵⁶ Cfr. COLOMER BEA, «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *CEFD*, (41), 2019, pp. 97-116.

⁵⁷ Si se echa un ojo a los materiales de la web *libex*, en el ámbito del art. 578 CP se verá cuantos casos (relevantes) hay de lo uno y de lo otro (<https://libex.es/enaltecimiento-del-terrorismo/>).

⁵⁸ Cfr. el voto particular a la STC (Sala) 112/2016, de 20 de junio (BOE núm. 181, de 28 de julio de 2016): «Tal contundencia espero que sea correctamente interpretada por los operadores jurídicos en el sentido de que este

compatible el castigo penal con el derecho a la libertad de expresión cuando las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores generen una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.⁵⁹ Sin embargo, tal contenido de injusto se halla inserto en la modalidad agravada del apartado 3º, que incrementa la pena, justamente, «cuando los hechos, a la vista de las circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de seguridad o temor en la sociedad o parte de ella», es decir, cuando generen un miedo colectivo por la posible comisión de hechos de la misma naturaleza que los ensalzados o justificados.⁶⁰ Por tanto, el bien jurídico protegido en el tipo básico, se reitera otra vez, está vinculado con los sentimientos generales, no con el *discurso del odio*. Esto ocurre en el subtipo mencionado. La *vis atractiva* del *discurso del odio* al *discurso terrorista*, en consecuencia, debiera tener dos efectos: en el plano de *lege ferenda*, determinar la inconstitucionalidad del tipo básico del art. 578 CP, y, mientras, en el de *lege lata*, perseguir, pero de verdad, las conductas que alentasen, en último extremo, a la violencia (lo que, por suerte, no parece vislumbrarse respecto del terrorismo de ETA).

pronunciamiento constitucional implica una suerte de sentencia interpretativa en relación con el tipo penal de enaltecimiento del terrorismo», así como la posterior STC 35/2020.

⁵⁹ STC (Pleno) 35/2020, de 25 de febrero (BOE núm. 83, de 26 de marzo de 2020): «Esta exigencia de que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del *discurso del odio*, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática (...)».

⁶⁰ De otra opinión, GALÁN MUÑOZ, *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Vol. 9, (1), 2019, p. 107 ss.

La relevancia jurídico-penal del exceso en el ejercicio de derechos fundamentales en el caso «Aturem el Parlament»

Comentario a la STC 133/2021, de 24 de junio

Francisco Fernández Perales
Universidad Pompeu Fabra
francisco.fernandezp@upf.edu

1. Introducción

La Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2021, de 24 de junio¹, ha desestimado los recursos de amparo interpuestos contra la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo 161/2015, de 17 de marzo. Ésta había casado parcialmente la sentencia de la Audiencia Nacional 31/2014, de 7 de julio, que había absuelto a los acusados por un delito contra las Instituciones del Estado del art. 498 CP por aplicación de la eximente del art. 20.7 CP, condenando únicamente a uno de los acusados por una falta de daños, manteniendo el Tribunal Supremo este último pronunciamiento en su sentencia revocatoria. Las tres sentencias se pronuncian sobre los límites del derecho de manifestación y sobre la relevancia jurídico-penal de las conductas que incurren en un exceso en su ejercicio, con lo que afloran los problemas que tiene la traslación de los criterios propios de la doctrina y jurisprudencia constitucionales al ámbito de la dogmática jurídico-penal.

2. Antecedentes

2.1. Hechos enjuiciados

El 15 de junio de 2011 estaba convocado el Pleno del Parlamento de Cataluña para, entre otras cosas, continuar con la tramitación del proyecto de ley de Presupuestos de la Generalitat para llevar a cabo el debate a la totalidad y votación de enmiendas. El referido proyecto de ley preveía una reducción del gasto público de un 10% respecto del año anterior², que afectaba, asimismo, a las cantidades dispuestas para gasto social³. El movimiento de protesta 15M había nacido un mes antes a raíz de las acciones de protesta llevadas a cabo, entre otros, por el colectivo «Democracia Real Ya!» como respuesta a las políticas de austeridad que se planteaban a escala global en un contexto desolador, con un aumento muy significativo de la tasa de desempleo (sobre todo del desempleo juvenil) y del riesgo de pobreza en España⁴. Con ocasión de la referida tramitación de

¹ Ponente Narváez Rodríguez.

² Preámbulo de la Ley 6/2011, de 27 de julio, de Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2011.

³ Art. 1 de la Ley 6/2011, de 27 de julio, de Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2011.

⁴ Una breve explicación sobre el origen y la posterior difusión del movimiento de protesta 15M, que tuvo una gran influencia en movimientos de protesta posteriores de similar envergadura como el movimiento Occupy Wall Street, en FLESHER FOMINAYA, «The Diffusion of Protest following the 2007-2008 Global Crash», *Brown Journal of World Affairs*, (26-1), 2019, pp. 62-66. Un análisis politológico del conjunto de acciones de protesta posteriores a la recesión económica, con especial consideración al movimiento 15M, en PORTOS, «Movilización social en

los presupuestos de la Generalitat en el Parlamento, organizaciones afines al movimiento 15M como «L'Acampada de Barcelona y las asociaciones de vecinos de la ciudad»⁵ convocaron una acción de protesta que tendría lugar en fecha 14 y 15 de junio de 2011, cuyo lema era «Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades (Paremos al/el Parlament, no permitiremos que aprueben recortes)»⁶. Las referidas organizaciones informaron de la manifestación a la autoridad competente, que «no adoptó medida alguna»⁷ para regularla, y la publicitaron a través de diversos medios días antes de que tuviera lugar. Sus portavoces declararon «que no pretendían impedir el funcionamiento del Parlament sino detener el ataque contra los derechos sociales y los servicios públicos que significaban las medidas presupuestarias que se iban a aprobar»⁸.

En fecha 14 de junio de 2011 alrededor de mil personas se congregaron junto al *Parc de la Ciutadella* de Barcelona, a fin de preparar la manifestación convocada para el día siguiente frente al Parlamento de Cataluña, situado en el interior del parque. Al impedir la policía el acceso a éste y siendo que quedaba cerrado durante la noche, los manifestantes decidieron acampar en un lugar cercano. A la mañana siguiente, la policía desalojó «por la fuerza»⁹ a los manifestantes para asegurar el acceso a los parlamentarios a través de la única puerta que habían decidido dejar abierta, sin que se asegurara el acceso con medidas como el levantamiento de un cordón policial alrededor de la entrada. Desde la llegada de los diputados al parque de la Ciutadella sobre las 8.00 horas, se fueron sucediendo incidentes con los manifestantes, cuyo número ascendía a más de seiscientas personas. Los manifestantes impidieron el paso e increparon a varios de los diputados que pretendían acceder al Parlamento, llegando, en algunos casos, a derramar sobre ellos líquidos y a arrebatarles objetos de su propiedad. Asimismo, ocuparon la carretera y obstaculizaron la marcha de los vehículos oficiales que transportaban al Parlamento al presidente de la Generalitat, D. Artur Mas i Gavarró, y a otros diputados, tratando de abrir la puerta de alguno de dichos vehículos, dándole varios golpes e interponiendo en su camino «un cono de plástico de señalización»¹⁰. La mayoría de los hechos referidos, sin embargo, no pudieron atribuirse a ninguna de las concretas personas que participaron en la acción de protesta.

Los hechos que pudieron probarse son los siguientes¹¹: 1) D. José María Vázquez Moreno se acercó por detrás a la diputada del Partido Socialista Catalán D^a Montserrat Tura i Camafreita y «le pintó en la espalda de la chaqueta dos trazos negros con un espray, que ensuciaron también el bolso que llevaba en la bandolera»; 2) D. Francisco José Cobos García se situó frente a algunos parlamentarios, con los brazos en cruz, y siguió al diputado de Solidaritat Catalana D. Alfons López i Tena «con las manos alzadas, gritando las consignas de la reunión»; 3) D^a Ángela Bergillos Alguacil siguió, también, al diputado D. Alfons López i Tena «con los brazos en alto, moviendo las manos, coreando consignas de la manifestación», sin que conste que le empujara; 4) D. Jordi Raymond Parra confrontó a los diputados de Convergència i Unió D. Josep María Llop i Rigol y D. Jordi Turull i Negre y pidió a los demás manifestantes «que no les dejaran pasar, al tiempo que desplegaba una pancarta para exhibir una leyenda»; 4) D. Ciro Morales Rodríguez

tiempos de recesión: un análisis de eventos de protesta en España, 2007-2015», *Revista Española de Ciencia Política*, (41), pp. 159-178.

⁵ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021). Antecedentes, 3. A), (i).

⁶ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021). Antecedentes, 3. A), (i).

⁷ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021). Antecedentes, 3. A), (i).

⁸ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021). Antecedentes, 3. A), (i).

⁹ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021). Antecedentes, 3. A), (i).

¹⁰ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021). Antecedentes, 3. A), (i).

¹¹ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021). Antecedentes, 3. A), (i).

rodeó al diputado del Partido Socialista Catalán D. Ernest Maragall i Mira mientras coreaba «los lemas de la manifestación»; 5) D^a Olga Álvarez Juan, D. Rubén Molina Marín y D. Carlos Munter Domec se acercaron al diputado de Convergència i Unió D. Santi Vila i Vicente, recriminándole «las políticas de recortes de gasto público», diciéndole «que no les representaba», sin que conste que le agredieran o empujaran.

2.2. La justificación de la conducta en casos de exceso en el ejercicio del derecho de manifestación. La posición de la Audiencia Nacional

El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito contra las Instituciones del Estado del art. 498 CP, en concurso ideal con un delito agravado de atentado de los art. 550 y 551.2 CP y una falta de daños del art. 625.1 CP. La acusación popular, ejercida por el sindicato Manos Limpias, también solicitó la condena de los acusados por un delito de asociación ilícita del art. 515.1 CP. Las representaciones procesales de la Generalitat de Catalunya y del Parlament calificaron los hechos únicamente como constitutivos de un delito contra las Instituciones del Estado del art. 498 CP, habiendo solicitado todas las acusaciones penas de prisión superiores al límite máximo que contempla el art. 80 CP para la suspensión de las penas privativas de libertad.

La sección primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en su sentencia 31/2014, de 7 de julio, absolvió a todos los acusados salvo a D. José María Vázquez Moreno, a quien condenó como autor de una falta de daños del art. 625.1 CP¹². Antes de determinar si las conductas enjuiciadas son subsumibles en los tipos penales objeto de acusación, la Audiencia Nacional recuerda la reiterada jurisprudencia constitucional que establece que, para delimitar el ámbito de protección de un derecho fundamental no debe recurrirse a sus límites, sino a su contenido, establecido de acuerdo con la propia Constitución¹³. A tal fin, pues, la Audiencia Nacional repasa la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que configura el contenido esencial del derecho de reunión y manifestación. Ésta lo caracteriza como una «manifestación colectiva de la libertad de expresión, que se ejercita mediante la asociación transitoria de personas, para la exposición e intercambio de ideas y opiniones, la defensa de intereses o la difusión de problemas y reivindicaciones»¹⁴. La Audiencia Nacional incide en la importancia del derecho de manifestación como «cauce del principio democrático participativo», lo que le hace merecedor de «especial atención y protección», y es que lo caracteriza como «una garantía de la democracia» y como «una de las formas de democracia directa»¹⁵. Asimismo, añade el tribunal que debe atenderse a que ciertos colectivos no disponen de medios para expresar públicamente sus ideas, por lo que el derecho de manifestación es su único recurso, especialmente en un contexto en el que el espacio público estaría, en palabras del tribunal, «controlado por los medios de comunicación», que están «en manos privadas» o son, algunos, «de titularidad estatal pero gestionados con criterios partidistas»¹⁶. A la remoción de tales obstáculos para que las minorías puedan participar en la vida política, además, recuerda la Audiencia Nacional, se compromete a los poderes públicos

¹² La sentencia cuenta con un voto particular, formulado por el entonces magistrado de la Audiencia Nacional, D. Fernando Grande Marlaska Gómez, que consideró que la conducta de los acusados era típica y antijurídica, pudiendo haberse reducido la pena, a su juicio, con un indulto parcial al amparo del art. 4.3 CP, «evitando el ingreso en prisión de quienes no tuvieran antecedentes penales».

¹³ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.

¹⁴ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.

¹⁵ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.

¹⁶ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.

mediante el art. 9.2 CE. La Audiencia Nacional concluye, pues, que la protesta llevada a cabo por los manifestantes se «hallaba dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho de reunión y manifestación»¹⁷. A su parecer, la protesta tenía como fin «la defensa de la Constitución y sus contenidos básicos», y se desarrolló de modo similar a la denominada «acción revocatoria de mandatos» a través de la confrontación entre los manifestantes y el destinatario de la protesta (modalidad de acción que denomina como «piquete»)¹⁸, que las autoridades permitieron al no negociar con los manifestantes un desarrollo distinto de aquélla.

A fin de analizar la antijuridicidad de la conducta enjuiciada, la Audiencia Nacional parte de una distinción básica. En un primer grupo estarían las conductas que entran en el ámbito objetivo del derecho fundamental, que el tribunal asevera que «no pueden considerarse típicas ni antijurídicas»¹⁹, destacando que la doctrina discutiría si esta circunstancia se erige en causa de atipicidad o de justificación, mientras que la jurisprudencia habría optado por aplicar el art. 20.7 CP. En otro grupo estarían las conductas que constituyen un mero ejercicio aparente del derecho. En una zona intermedia estarían las conductas que incurren en un «exceso o abuso del derecho, que no acaba por desnaturalizarlo o desfigurarle, porque se encuentran relacionadas con su ejercicio del mismo, en atención a su contenido y finalidad, inscritas en la razón de ser constitucional del derecho»²⁰. En este caso, para considerar justificada la conducta, habría que acudir, según la Audiencia Nacional, a la doctrina del efecto desaliento. Estas conductas no serían, necesariamente, conformes a Derecho, sino que podrían ser «reguladas por el derecho público o privado sin necesidad de intervención penal»,²¹ y es que la Audiencia Nacional entiende que debe diferenciarse «el abuso en el ejercicio del derecho de su relevancia penal»²². Es en este último grupo donde parece incluir la Audiencia Nacional la conducta de los acusados, concluyendo que el principio de proporcionalidad, que fundamenta la doctrina del efecto desaliento, impide el recurso a la sanción penal. No obstante, no queda claro si la Audiencia Nacional acaba absolviendo por atipicidad o por concurrencia de la causa de justificación del art. 20.7 CP, por cuanto, finalmente, refiere que las conductas enjuiciadas «materialmente carecían de la idoneidad necesaria y de la entidad suficiente como para ser consideradas típicas»^{23/24}.

2.3. Revocación de la sentencia absolutoria y condena por el Tribunal Supremo. La necesaria ponderación de los derechos en conflicto

El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y revocó la sentencia dictada por la Audiencia Nacional. Entendió el Alto Tribunal que la Audiencia Nacional había apoyado sus tesis en citas jurisprudenciales descontextualizadas, que le llevaban a otorgar una dimensión al derecho de reunión y manifestación que no le

¹⁷ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.1.

¹⁸ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.1.

¹⁹ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.2.

²⁰ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.2., en referencia a la STC (Sala) 104/2011, de 20 de junio (BOE núm. 172, de 19 de julio de 2011), Fundamento Jurídico 6.

²¹ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.2., en referencia al ATC 377/2004, de 7 de octubre, Fundamento jurídico 1.

²² SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.2.

²³ SAN 31/2014, de 7 de julio (ECLI:AN:2014:2863), Fundamento Jurídico 2.1.3.

²⁴ Destacando la ambigüedad del pronunciamiento de la Audiencia Nacional en el sentido indicado, véase GARCÍA AMADO, «Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (sala penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña», en EL MISMO/CUERDA ARNAU (dir.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 199.

correspondía en el caso enjuiciado. Se le objeta a la Audiencia Nacional haber contemplado «la colisión entre principios y valores constitucionales» producida como «una patológica colisión»²⁵, en evidente (aunque no explícita) referencia a su afirmación sobre lo consustancial de cierto exceso en el ejercicio del derecho de manifestación²⁶. Si bien el Tribunal Supremo manifiesta estar de acuerdo con la necesidad de delimitar *in extenso* los derechos relativos a la libertad de expresión, entiende que, en este caso, debían ponderarse el derecho de manifestación (21 CE) y el derecho de participación política (23 CE). A su juicio, la acción de protesta habría afectado al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de los representantes escogidos, otra dimensión del derecho de participación, junto al derecho al acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad. El ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de reunión, expone el Tribunal Supremo, «no pueden operar como elementos neutralizantes de otros derechos y principios indispensables para la vigencia del sistema constitucional»²⁷. La Audiencia Nacional habría llegado a «banalizar el significado de los principios y valores sobre los que se asienta el sistema democrático»²⁸, relativizando el significado jurídico de lo ocurrido ante el Parlamento. En definitiva, considera el Tribunal Supremo que, en el ejercicio de ponderación que, presuntamente, habría realizado la Audiencia Nacional, habría estado ausente toda consideración a los principios de la libertad y el pluralismo político, proclamados en el art. 1 de la Constitución, por lo que su resultado no fue correcto.

El Tribunal Supremo, pues, habiendo rechazado la preponderancia del derecho de manifestación sobre el derecho de representación, defiende que los hechos se subsumen con claridad en el tipo del art. 498 CP. El lema de la convocatoria, «Aturem el Parlament», cobraría gran relevancia a efectos de realizar el referido juicio de subsunción²⁹, puesto que revelaría que la finalidad de la acción de protesta «no era otra [...] que provocar que el órgano de representación política del pueblo catalán se viera incapacitado para el debate y la acción política mediante la conformación de las mayorías que siguen al ejercicio del derecho al voto». De ningún modo se habría perseguido por los manifestantes ejercitar una vía directa de participación política, sino que habrían perseguido «atacar las raíces mismas del sistema democrático»³⁰.

Debe destacarse, no obstante, el voto particular formulado por el magistrado D. Perfecto Andrés Ibáñez. A su parecer, la Audiencia Nacional había pretendido, contrariamente a lo manifestado por la mayoría, tomar en consideración la realidad social en el marco de la que acontecieron los hechos. Pone de relieve el magistrado que las medidas contra las que se protestaba, que podían modificar las «posibilidades futuras de acceso a bienes elementales» de la ciudadanía, no habían «formado parte de los programas de gobierno expuestos al voto» de aquélla. Añade a dicha consideración que, precisamente, quienes podían verse en mayor medida afectados por las decisiones que iban a tomarse en el Parlamento sufren un déficit material de representación mayor que los demás, por lo que el derecho de manifestación es una de las únicas opciones con

²⁵ STS 161/2015, Penal, de 17 de marzo (ECLI:TS:2015:812), Fundamento Jurídico 5.C).

²⁶ En un sentido similar a lo afirmado por la Audiencia Nacional, REICHERT-HAMMER, *Politische Fernziele und Unrecht: ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB*, Duncker & Humblot, Berlín, 1991, p. 278: «Typisches, nicht nur bagatelhaftes Verhaltensunrecht liegt also bei fast jeder Verwirklichung politischer Grundrechte vor».

²⁷ STS 161/2015, Penal, de 17 de marzo (ECLI:TS:2015:812), Fundamento Jurídico 5.C).

²⁸ STS 161/2015, Penal, de 17 de marzo (ECLI:TS:2015:812), Fundamento Jurídico 5.C).

²⁹ A juicio de SANTAOLALLA LÓPEZ, el lema de la convocatoria «es expresivo del propósito obstruccionista de esta institución por los convocantes, lo que permite dudar seriamente de que su fin fuese legítimo». Cfr. SANTAOLALLA LÓPEZ, «El derecho de manifestación ante el Parlamento», *Revista de Derecho Político*, (91), 2014, p. 39.

³⁰ STS 161/2015, Penal, de 17 de marzo (ECLI:TS:2015:812), Fundamento Jurídico 5.G).

las que cuentan realmente para expresar su malestar. La solución por la que habría optado el magistrado que formula el voto particular, no obstante, no se encuentra en sede de justificación, sino que considera que en el juicio de subsunción típica debió tenerse en cuenta lo antedicho. A su parecer, del lema no se desprende, inequívocamente, una voluntad de todos los manifestantes de «constreñir al Parlamento catalán a la inacción», y es que entiende que, precisamente, los acusados (así como la mayoría de los manifestantes) no lo interpretaron así, puesto que no llevaron a cabo actos de «fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave» sobre ninguno de los parlamentarios (si bien admite que otros manifestantes, no identificados, sí realizaron el tipo del 498 CP).

3. El exceso en el ejercicio de un derecho fundamental en la dogmática jurídico-penal

3.1. ¿Colisión de derechos o especificación de su contenido?

El caso comentado suscita problemas que van más allá, como resulta ostensible, del ámbito teórico del Derecho penal. Su solución pone a prueba la relación entre dos ámbitos jurídicos, el penal y el constitucional, que no ha tenido un desarrollo doctrinal lo suficientemente amplio³¹. La jurisdicción penal ha acostumbrado a aplicar directamente la doctrina constitucional sobre los derechos fundamentales para resolver los casos en que se produce cierta tensión entre el ámbito de protección de dos derechos contrapuestos. A esta doctrina subyace una extensa discusión sobre el concepto y los límites de los derechos fundamentales. Dos son las posiciones básicas que se han enfrentado a este respecto. La primera asume la existencia de colisiones de derechos y trata de perfeccionar el método a través del que resolverlas, por lo que defiende el denominado modelo *conflictivista* de los derechos. Éste partiría de una «concepción débil de los derechos», en tanto que principios (o mandatos de optimización, en la terminología de ALEXY, que sostiene esta posición)³² limitables, que, a su vez, se sostendría en la concepción amplia del ámbito normativo o tipo de los derechos fundamentales, cuyos límites serían externos a éste (constituirían excepciones a la aplicación del derecho)³³. El contenido de los derechos, así concebidos, se identificaría en dos etapas: en primer lugar, se establecería un ámbito de protección inicial del derecho, necesariamente amplio; tras este primer paso, el derecho *prima facie* se limitaría en función de los conflictos con otros derechos en el caso concreto³⁴ mediante

³¹ Resulta muy destacable, sin embargo, la firme crítica al intento de limitar la independencia del Derecho penal recurriendo al Derecho constitucional en ROBLES PLANAS, «La tiranía de la proporcionalidad», en CHINGUEL RIVERA/GARCÍA CAVERO (coords.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, ideas, Lima, 2019, pp. 117-134. Sobre los problemas que implica la relación entre el Derecho penal y el Derecho constitucional tanto en la tarea legislativa como en la aplicación del Derecho penal, véase SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 40-50.

³² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pp. 81 ss.

³³ Sobre esta caracterización del modelo, véase CABRA APALATEGUI, «Derechos en el contexto post-positivista. Algunas paradojas de la concepción», *Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 2018, pp. 79 ss.

³⁴ CABRA APALATEGUI, *Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 2018, p. 85. Afirmando que «esta dualidad propicia una interpretación extensiva (amplia) de las disposiciones de derecho fundamental y, con ello, una expansión casi ilimitada del contenido (no del alcance de la protección) de los derechos, especialmente de aquellos cuya formulación es más genérica y presenta un mayor grado de vaguedad». Asimismo, BOROWSKI, «La restricción de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (59), 2000, p. 31.

un juicio de ponderación³⁵. La segunda de las posiciones básicas enfrentadas es la denominada «coherentista» o especificacionista^{36/37}. Ésta parte de la teoría de los límites inmanentes de los derechos³⁸ y, por lo tanto, les asigna un ámbito de protección limitado, pero definitivo³⁹, que se conforma a través de su especificación atendiendo a parámetros valorativos⁴⁰.

Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional (como se dirá) parecen adherirse en este caso al modelo *conflictivista*, haciendo uso del método ponderativo a fin de resolver el presunto conflicto de derechos que se daría entre el derecho de manifestación (21 CE) y el derecho de representación (23 CE). Este método, sin embargo, está sometido a importantes críticas. En primer lugar, al juicio ponderativo le debe preceder, necesariamente, la subsunción de la conducta entre aquellas que estarían en el ámbito de protección del derecho fundamental y, por tanto, pueden ser incluidas en la ponderación o entre las conductas que constituyen un mero ejercicio aparente del derecho (al que recurren, retóricamente, como pretexto). En este primer paso se debe recurrir, por tanto, a una determinada interpretación del contenido de los derechos fundamentales. El principal problema que plantea la ponderación de derechos fundamentales en el ámbito del Derecho penal es que la conducta de quien ejerce un derecho que no prepondera sobre otro, con el que presuntamente colisiona, no equivale, necesariamente, a una conducta merecedora de pena. Como se ha apuntado, desde el punto de vista *conflictivista* de los derechos, para que un derecho colisione con otro es necesario que la conducta quede dentro

³⁵ Sobre el uso del método de la ponderación por quienes entienden que las normas constitucionales que establecen derechos son principios y no reglas, MORESO, «Conflictos entre principios constitucionales», en EL MISMO, *La Constitución: modelo para amar*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 268 ss. El autor, por lo demás, defiende en este ensayo

³⁶ CABRA APALATEGUI, *Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 2018, p. 88. Sobre los diversos tipos de teorías coherentistas de los derechos, CABRA APALATEGUI, «Conflictos de derechos y estrategias argumentativas ¿Es el especificacionismo una alternativa a la ponderación?, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (51), 2017, pp. 366 ss.

³⁷ En realidad, la idea de la especificación de los derechos puede remontarse al concepto tomista de la *determinatio*. Definida por FINNIS (con referencias a la Suma Teológica) aludiendo a la analogía que realizó SANTO TOMÁS DE AQUINO con la arquitectura, consistiría en especificar el contenido de las normas atendiendo a su conexión con principios permanentes relativos a la cuestión y a los sujetos afectados por el supuesto concreto. Cfr. FINNIS, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 266 ss. Similar, en FINNIS, *Natural Law & Natural Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2ª ed., 2011, pp. 284 ss. Una revisión del concepto de *determinatio*, en CONTRERAS AGUIRRE, «Ley natural, *determinatio* y derecho positivo. Lo indiferente y las determinaciones del legislador», *Veritas*, (25), pp. 39-54. Agradezco la referencia a la conexión entre las teorías especificacionistas de los derechos y la *determinatio* de SANTO TOMÁS DE AQUINO a mi admirado director y maestro, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús-María Silva Sánchez.

³⁸ Sobre las diversas versiones de la teoría de los límites internos o inmanentes y su base filosófico-política, BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPyC, Madrid, 3ª ed. 2007, pp. 448 ss.

³⁹ CABRA APALATEGUI, *Diálogos jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, 2018, p. 88. Lo ejemplifica el autor, precisamente, con el ejemplo propuesto por DE OTTO sobre las coacciones realizadas en el transcurso de una manifestación. La sanción de dicha conducta no constituiría una limitación del derecho de reunión y manifestación, por cuanto este derecho no comprendería el derecho a ejercer coacciones sobre terceros.

⁴⁰ Un firme defensor de este tipo de especificacionismo es WEBBER, que entiende que el modelo *conflictivista* «divorces rights from *what is right*», por cuanto promovería una definición de los derechos que atiende, únicamente, a los intereses individuales, descuidando, por lo tanto, lo que es justo desde una perspectiva que toma en cuenta el contexto y la relación con los demás. Cfr. WEBBER, «On the Loss of Rights», en HUSCROFT *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, Nueva York, 2014, p. 132, 143. Asimismo, resulta destacable la propuesta de AMAYA, que propone un especificacionismo de corte neoaristotélico alejado de cálculos utilitaristas. A su juicio, los derechos deben especificarse «mediante la reflexión acerca del conjunto de razones percibidas como relevantes en el caso concreto en aras de hacer de ellas un conjunto coherente con una determinada concepción del Derecho, lo que exigiría [...] la revisión de estos valores e, incluso, en los casos más extremos [...] la revisión del propio concepto de Derecho». Cfr. AMAYA, «Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial», *Diánoia*, Vol. LVI, (67), pp. 135-142.

de su ámbito de protección. Precisamente, los partidarios de esta concepción entienden que el derecho que no ha preponderado ha sido, igualmente, ejercido y, por tanto, debe considerarse lesionado, aunque justificadamente⁴¹. Sin embargo, resulta difícil asumir que quien ha ejercido un derecho que ha sido lesionado de forma justificada ha llevado a cabo, en realidad, una conducta merecedora de pena, incluso si se propone acudir a la eximente incompleta del art 21.1 CP en relación con el art. 20.7 CP, como hace parte de la doctrina⁴². En definitiva, mediante el juicio de ponderación no puede distinguirse qué conductas merecen pena y cuáles no, de entre aquellas que constituirían (según este punto de vista) el ejercicio de un derecho que no prepondera.

Ante este problema, otra parte de la doctrina ha recurrido a la doctrina del efecto desaliento⁴³. En atención a ésta se sostiene que la sanción penal de conductas próximas al ejercicio de un derecho fundamental puede tener el efecto de desincentivar su ejercicio. No hay acuerdo, sin embargo, sobre si la toma en consideración de esta doctrina debe llevar a la reducción de la pena⁴⁴ o, directamente, a la impunidad⁴⁵. Tales planteamientos, sin embargo, no detallan la traslación de esta doctrina al ámbito de la dogmática jurídico-penal⁴⁶. Atendiendo a su razón de ser, no es

⁴¹ Sobre los problemas teóricos que implica esta tesis, OBERDIEK, «Lost in Moral Space: On the Infringing/Violating Distinction and its Place in the Theory of Rights», *Law and Philosophy*, (23-4), 2004, pp. 325-346; EL MISMO, «What's Wrong with Infringements (insofar as infringements are not wrong): A Reply», *Law and Philosophy*, (27), 2008, pp. 293-307; SHAFER-LANDAU, «Specifying Absolute Rights», *Arizona Law Review*, (37), 1995, pp. 209-225; WEBBER, «On the Loss of Rights», en HUSCROFT *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, Nueva York 2014, pp. 123-154.

⁴² UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, «La eximente de «ejercicio legítimo de un derecho» (20.7 CP). Algunas consideraciones desde una perspectiva constitucional», *R.V.A.P.*, (63), 2002, p. 16. Proponiendo la atenuación por la vía de aplicar el 21.1 CP si se descarta la atipicidad de la conducta, aunque sin pronunciarse sobre la adecuación del método ponderativo para resolver casos como el comentado, PAREDES CASTAÑÓN, «Caso “Aturem el Parlament”: Una cuestión de atipicidad, no (sólo) de ponderación», en GARCÍA AMADO/CUERDA ARNAU (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 178.

⁴³ Entre otros y con referencias, MARTÍN LORENZO, «Derechos fundamentales y sanción penal: Una cuestión del derecho sustantivo y del derecho a la legalidad penal», en PÉREZ MANZANO *et al.* (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, UCM, Madrid, 2020, pp. 124 ss. Crítico con la indeterminación que implica recurrir a esta doctrina y refiriendo la posibilidad de que acabe originando un efecto criminógeno, RODRÍGUEZ MOURULLO, «La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y desarrollo de las huelgas. (Comentarios a la STC 104/2011 desde la perspectiva penal)», en FERNÁNDEZ TERUELO (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, p. 610.

⁴⁴ De acuerdo con esta opción, GONZÁLEZ COLLANTES, «El poder punitivo ante el ejercicio, los excesos y la desnaturalización del derecho de reunión y manifestación (a propósito de las acciones de Tsunami Democràtic)», *Revista General de Derecho penal*, (33), 2020, p. 12. A este respecto, COLOMER BEA mantiene que «el efecto desaliento determina que la conducta castigada pierda su naturaleza delictiva», por lo que del efecto desaliento lo que se derivaría sería «un deber especial de proporcionalidad por parte del juez consistente en imponer una pena inferior que la que aplicaría si se tratase de una conducta que no tuviese relación alguna con el contenido de derechos fundamentales», refiriendo la eximente incompleta como posible solución. Cfr. COLOMER BEA, «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *CEFD*, (41), 2019, p. 105.

⁴⁵ Refiriendo este desacuerdo, RODRÍGUEZ MOURULLO, en FERNÁNDEZ TERUELO (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, CCC, Oviedo, 2013, p. 610; Con referencias, COLOMER BEA, *CEFD*, (41), 2019, p. 104.

⁴⁶ Aludiendo a la complejidad de encontrar una «traducción dogmática de la prohibición de sancionar desproporcionadamente el ejercicio ilícito de un derecho fundamental que genera un efecto desalentador», MARTÍN LORENZO, en PÉREZ MANZANO *et al.* (coords.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, UCM, Madrid, 2020, p. 128. Hace referencia MARTÍN LORENZO a la posibilidad de recurrir a una interpretación restrictiva del tipo, a «a criterios de imputación objetiva y de antijuridicidad material», así como, en el marco de la determinación de la pena, «a posibles eximentes incompletas y atenuantes analógicas». Sobre el tratamiento dogmático del efecto desaliento, concluyendo que debe tener su lugar en el ámbito del juicio de subsunción y en el de la determinación de la pena (donde incluye la aplicación de la eximente incompleta *ex art.* 21.1 CP), CUERDA

razonable plantear la reducción o exclusión del merecimiento de pena, puesto que se apoya en criterios de utilidad de la sanción penal. En realidad, y según se ha aducido esta doctrina, no es el efecto desaliento *per se* el que fundamentaría la exclusión o reducción de la intensidad de la intervención penal. Ciertamente, dicho efecto podría esperarse, también, de la sanción penal de conductas que, verdaderamente, no están tan próximas al ejercicio legítimo del derecho fundamental, sino que son un mero ejercicio aparente de éste (aunque en menor medida, cabría señalar)⁴⁷. Si fuera, pues, meramente la posibilidad del efecto desaliento lo que fundamentara la exclusión de la intervención penal, que la conducta en cuestión fuera claramente merecedora de pena no cambiaría nada si todavía pudiera esperarse que la sanción penal producirá dicho efecto. Es, en realidad, la proximidad de la conducta (determinada mediante criterios valorativos) al ejercicio legítimo de un derecho fundamental lo que reducirá, en todo caso, el merecimiento de pena. Expresión de lo antedicho es, en realidad, la posibilidad de aplicar la eximente incompleta del art. 21.1 CP en relación con el art. 20.7 CP en los supuestos de exceso en el ejercicio del derecho fundamental. Ciertamente, si el efecto desaliento solo fuera esperable de la sanción penal de conductas próximas al ejercicio legítimo de un derecho, correspondería aplicar, primero, la reducción de pena prevista para la eximente incompleta (art. 68 CP) y, después, la reducción de pena que correspondiera para evitar dicho efecto, pero esto último requiere que se aclare su naturaleza y se concrete por qué razón su concurrencia debería reducir la pena a imponer. Una opción, dada su fundamentación utilitarista, sería concebir el posible efecto desaliento como una causa de exclusión de los presupuestos de aplicación de la norma de sanción.

Desde otro punto de vista, se han planteado soluciones excluyentes de la antijuridicidad penal o de la reprochabilidad de la conducta⁴⁸ que presentan un desarrollo dogmático mucho más preciso. Entre las primeras destaca la propuesta de SILVA SÁNCHEZ que, a propósito de la sanción penal, en Alemania, de las conductas de *Containern*, propone acudir a la «infraestudiada categoría de las causas de exclusión del injusto penal – o del injusto punible –, que pueden descartar la intervención del Derecho penal en caso de conductas que, si bien son típicas y antijurídicas, «carecen de merecimiento (conmutativo) y de necesidad abstracta de pena»⁴⁹.

ARNAU, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento», *RGDP*, (8), 2007.

⁴⁷ Que la sanción penal produzca dicho efecto depende, en gran medida, del modo en que traten la información relativa a aquélla los medios de comunicación. La dificultad para establecer el contenido y los límites de un derecho fundamental como el de reunión y manifestación, cuyo ejercicio suele implicar la manifestación de opiniones de carácter político, hace menos verosímil todavía una relación proporcional entre el merecimiento de pena y el efecto desaliento que puede generar la sanción penal.

⁴⁸ ROXIN propuso la exclusión de la responsabilidad penal (*strafrechtlicher Verantwortlichkeit*) en virtud del artículo 8 de la Ley Fundamental de Bonn, siempre que la acción de protesta cumpliera con ciertos requisitos. A su juicio, la culpabilidad de quien toma parte en la acción de protesta que sobrepasa los límites del art. 8 GG se ve reducida doblemente. En primer lugar, el injusto se encuentra en el límite inferior de lo penalmente relevante por la insignificancia de la conducta y por la cercanía de esta a un derecho fundamental, por lo que lo mismo puede decirse de la culpabilidad que le corresponde. Y, en segundo lugar, la reprochabilidad de la conducta es mínima, por cuanto el autor la dirige al objetivo de contribuir al bien común. Esta doble disminución de la culpabilidad, aduce ROXIN, debe llevar a la exclusión de la responsabilidad penal cuando no se opongan a ello razones preventivas, siempre que concurren una serie de circunstancias que denoten el carácter pacífico y acorde con la democracia constitucional de la acción de protesta: 1) Que la protesta se refiera a cuestiones existenciales que afectación a la generalidad de la población; 2) que el autor actúe por interés en el bien común; 3) que la norma infringida guarde relación con el destinatario de la acción de protesta; 4) que los manifestantes estén comprometidos con la democracia parlamentaria; 5) que se evite toda forma de violencia y resistencia a los agentes de policía; 6) que la afectación de los derechos de terceros sea mínima. Cfr. ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2020, p. 1141.

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, «El hurto de alimentos caducados frente al Bundestag», *InDret*, (2), 2021, p. 8. Ya en EL MISMO, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, BdeF, Buenos Aires, 2ª ed., 2012, p. 655, afirmando que la

Como el propio autor apuntaba, estas conductas han sido llevadas a cabo, en ocasiones, por «activistas contra el desperdicio de alimentos», por lo que, a su juicio, podría pensarse en el ejercicio de «alguna forma de derecho de protesta»⁵⁰. En esa línea puede verse la tesis de GÜNTHER. Partiendo de la unidad del ordenamiento jurídico, señala que ésta no impide considerar razones específicas de exclusión del injusto en relación con un ámbito jurídico, como el penal⁵¹. Así como el Derecho penal cuenta con una fundamentación del injusto específica de su ámbito, lo mismo tendría que ocurrir con la fundamentación de la exclusión de aquél⁵². Deberían contemplarse, pues, a su parecer, causas de exclusión del injusto penal, que llevan a renunciar a la desaprobación penal de la conducta, sin expresar su licitud general. Esto significa que la conducta todavía puede ser considerada ilícita en el ámbito de otros sectores del ordenamiento, como el administrativo sancionador⁵³. Con tales premisas, GÜNTHER plantea la distinción entre las causas de justificación generales o no genuinas (*unechte Strafunrechtsausschließungsgründe*), que excluyen la antijuridicidad general de la conducta, y las causas de exclusión de injusto penal o causas de justificación genuinas (*echte Strafunrechtsausschließungsgründe*)⁵⁴. Entre estas últimas incluye, precisamente, la conducta próxima al ejercicio de un derecho fundamental⁵⁵. Cumple destacar, además, que GÜNTHER mantiene que, ante tales conductas, la víctima no tiene un deber de tolerancia, sino que puede ejercer incluso la legítima defensa⁵⁶, por lo que no se daría el problema derivado del pronunciamiento de la Audiencia Nacional, que llevaría a concluir que los afectados por el ejercicio excesivo del derecho de manifestación debían tolerar dicha conducta y que la acción policial fue ilegítima.

conurrencia parcial de una causa de justificación, al disminuir significativamente el injusto, puede hacerlo insignificante para el Derecho penal. Sobre la necesidad de reconocer la posibilidad de una exclusión del injusto penal, ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, BdeF, Buenos Aires, 2014, p. 194.

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, «El hurto de alimentos caducados frente al Bundestag», *InDret*, (2), 2021, p. 8. Asimismo, refiriendo la posibilidad de excluir la antijuridicidad de la conducta con arreglo al principio de solidaridad en los casos de acciones de protesta con fines de auto-inclusión, aunque con ciertos matices, SILVA SÁNCHEZ, «Protesta», *InDret*, (3), 2019, p. 3.

⁵¹ GÜNTHER, Hans Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Heymanns, Colonia, 1983, p. 253. Señala el autor que incluso los fundadores de la doctrina del concepto unitario de antijuridicidad, FISCHER y ZITELMANN, consideraban admisibles las causas de exclusión de la ilicitud específicas de un ámbito jurídico.

⁵² GÜNTHER, Hans Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 254.

⁵³ GÜNTHER, Hans Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 256.

⁵⁴ GÜNTHER, Hans Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 257-260. Las primeras se basarían en razones justificantes metajurídicas y, al declarar lícita para todos los ámbitos jurídicos la conducta, contarían con requisitos demasiado estrictos, por lo que podrían sancionarse penalmente conductas ilícitas que, no obstante, no son merecedoras de pena. Las segundas, que serían necesarias por razón de lo antedicho, se orientarían al cumplimiento de los fines del Derecho penal. En el mismo sentido, GÜNTHER, Hans Ludwig, «Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», en SEEBODE (ed.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, de Gruyter, Berlín, 1992, pp. 189-201. También, REICHERT-HAMMER, *Politische Fernziele und Unrecht: ein Beitrag zur Lehre von der Strafrechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB*, 1991, pp. 276 ss.

⁵⁵ GÜNTHER, Hans Ludwig, en SEEBODE (ed.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, de Gruyter, Berlín, 1992, pp. 199-201. En concreto, sobre la aplicación del § 240.2 StGB, que tipifica las coacciones cuando el uso de la fuerza o la amenaza de un mal para conseguir el fin perseguido resulte reprobable, GÜNTHER, Hans Ludwig, «Verwerflichkeit von Nötigungen trotz Rechtfertigungsnähe? Zugleich ein Beitrag zur Sitzblockadeproblematik», en ARZT et al. (eds.), *Festschrift für Jürgen Baumann*, Gieseking, Bielefeld, 1992, pp. 213-226.

⁵⁶ GÜNTHER, Hans Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 383. No obstante, también se ha propuesto que la exclusión del injusto penal impida la legítima defensa del afectado, pero le permita actuar en estado de necesidad. Cfr. STERNBERG-LIEBEN, «Vorbermerkungen zu den §§ 32 ff.», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., 2019, nm. 10.

Uno de los problemas a los que tendría que enfrentarse la propuesta de GÜNTHER es la posibilidad de su aplicación de *lege lata*. La exclusión del injusto penal respecto de una conducta típica no tiene asidero en nuestro Código Penal, con lo que parecería que la única opción sería acudir a la aplicación de una causa de exclusión del injusto suprallegal mediante la analogía *in bonam partem* (que GÜNTHER reivindica en su obra sobre la exclusión del injusto penal)⁵⁷. Resulta patente, en todo caso, que la falta de desarrollo doctrinal de esta posibilidad complica darle una solución rigurosa a los casos de conductas que incurren en un exceso en el ejercicio de un derecho fundamental que no parecen reunir el necesario merecimiento de pena pero que, aun así, resultan a todas luces típicas⁵⁸.

3.2. Subsunción y ponderación en las sentencias de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo

A este respecto, la discrepancia entre ambos tribunales resulta evidente a tenor de sus argumentos. El Tribunal Supremo refiere, expresamente, que la Audiencia Nacional no realizó una correcta ponderación, en tanto en cuanto no confrontó el derecho de participación *ex art. 23 CE* con el derecho de manifestación, al que otorgó prevalencia. Del propio tipo por el que las acusaciones pidieron la condena de los manifestantes acusados se desprendería que la acción de protesta habría afectado al referido derecho, por cuanto éste sería, al parecer unánime de doctrina y jurisprudencia el bien jurídico protegido por el art. 498 CP⁵⁹. Sin embargo, aun cuando el Tribunal Supremo refiere estar apoyando su decisión revocatoria en el resultado de la ponderación de ambos derechos, afirma que los manifestantes perseguían atacar las raíces mismas del sistema democrático, por lo que difícilmente puede entenderse que asumiera que la conducta de los acusados se encontraba dentro del ámbito de protección del derecho de manifestación, a pesar de que lo incluya en la ponderación. Ésta presupone, precisamente, que estemos ante el ejercicio de dos derechos que colisionan⁶⁰, por lo que, si una de las partes, en realidad, no está ejerciendo derecho alguno, sino alegando su ejercicio como mero pretexto, no puede realizarse ponderación alguna. Así es como entiende, en definitiva, el Tribunal Supremo la conducta de los manifestantes, como un abuso de derecho, esto es, un ejercicio aparente del derecho de manifestación que, verdaderamente, es contrario a los principios que inspiran su configuración⁶¹. En tales casos, incluso desde el punto de vista de quien sigue el modelo *conflictivista*, no estamos frente a un conflicto entre dos derechos, donde se produce una tensión

⁵⁷ GÜNTHER, Hans Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 281 ss. Resumiendo su posición y analizándola críticamente, MONTIEL, *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 334 ss.

⁵⁸ Muestra de lo antedicho es que la tesis de la Audiencia Nacional sobre la zona intermedia entre las conductas que constituyen un ejercicio legítimo de un derecho y el ejercicio aparente de este coincide, precisamente, con lo que sostiene GÜNTHER y, sin embargo, recurre a la doctrina del efecto desaliento para resolver el caso. Cfr. GÜNTHER, Hans Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, p. 353, afirmando que resulta evidente que, entre las conductas amparadas por los derechos fundamentales y las conductas prohibidas por el Derecho penal hay una zona intermedia en la que se incluirían las conductas que, si bien no gozan de la protección de los derechos fundamentales, tampoco constituyen un injusto merecedor de pena.

⁵⁹ Entre otros, CARPIO BRIZ, «Artículo 498», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1610; LASCURAIN SÁNCHEZ, «Delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico. Penal*, Lefebvre, Madrid, 2021, n. 17569.

⁶⁰ Como pone de manifiesto MARTÍNEZ ZORILLA, a la ponderación entre principios en conflicto le precede «una (doble) subsunción previa, pues sólo así puede determinarse que ambos principios resultan relevantes en el caso a decidid». Cfr. MARTÍNEZ ZORILLA, «Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (86), 2009, p. 122.

⁶¹ Sobre la aplicación del concepto de abuso de derecho al ámbito de los derechos fundamentales, véase MUÑOZ ARANGUREN, «Abuso del derecho y ponderación de derechos», *Doxa*, (41), 2018, pp. 35-48.

externa entre el ámbito de protección de ambos, sino que la tensión es interna, puesto que se trata del contenido y límites del derecho⁶². No resulta coherente, pues, el proceder del Tribunal Supremo que, aun así, procedió a realizar un presunto juicio de ponderación entre el derecho de manifestación y el de participación a través de los representantes parlamentarios.

En lugar del referido juicio de ponderación realiza el Tribunal Supremo, realmente, una jerarquización en abstracto de ambos derechos. A su parecer, «el libre ejercicio de la función parlamentaria es presupuesto del derecho a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos» y, si se tiene en cuenta la doble dimensión del derecho a participar a partir de los representantes parlamentarios escogidos, debería concluirse que el ejercicio del derecho de reunión que afecte a aquél atenta contra «los valores superiores del orden democrático»⁶³. Tales afirmaciones las apoya, además, en el art. 1 CE, concretamente en los principios de libertad y pluralismo político, advirtiendo que, en la historia europea, contamos con ejemplos de actos violentos contra el órgano legislativo que supusieron «la destrucción del régimen democrático y la locura totalitaria»⁶⁴. Nada más refiere el tribunal a fin de realizar esa presunta ponderación de derechos. No toma en consideración circunstancias como el contexto de crisis económica y de representación política (desafección generalizada) en que se produce la protesta, que se protestaba contra medidas que implicaban la reducción del gasto social o que éstas no habían sido incluidas en los programas políticos que la ciudadanía había podido tener en cuenta al votar, pese a que, precisamente, el método ponderativo se caracteriza, entre otras cosas, por su atención a las circunstancias concretas del caso⁶⁵.

La Audiencia Nacional, por su parte, pese a que el Tribunal Supremo afirma que realiza un juicio de ponderación, resuelve el caso mediante un juicio de subsunción⁶⁶, realizando una interpretación ciertamente amplia del derecho de manifestación (al que denomina «derecho de protesta» en varias ocasiones). Por un lado (como se ha referido ya), caracteriza este derecho como cauce del principio democrático participativo, que vigoriza la autonomía de la sociedad civil, afirmando, además, que cierto efecto disruptivo le es connatural⁶⁷. Por otro lado, toma en consideración que los medios de comunicación se encuentran dominados por ciertos poderes económicos y por algunos partidos políticos, que las medidas que iba a tomar el gobierno no estaban presentes en los programas electorales de ningún partido y que las autoridades policiales no diseñaron correctamente su intervención, a fin de que la protesta discurriera con el menor

⁶² MUÑOZ ARANGUREN, «Abuso del derecho y ponderación de derechos», *Doxa*, (41), 2018, pp. 40-41. A su juicio, «en la ponderación nos encontramos ante un escenario que se asemeja al de los círculos secantes, mientras que en el abuso al de los concéntricos».

⁶³ STS 161/2015, Penal, de 17 de marzo (ECLI:TS:2015:812), Fundamento Jurídico 5.D).

⁶⁴ STS 161/2015, Penal, de 17 de marzo (ECLI:TS:2015:812), Fundamento Jurídico 5.D).

⁶⁵ GARCÍA AMADO, en EL MISMO/CUERDA ARNAU (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, 2016, p. 201. El autor afirma, a este respecto, que «de una ponderación metódicamente llevada, paso a paso, no encontramos huella en la sentencia». Para una crítica a la falta de rigor con la que, a su juicio, ha utilizado el método ponderativo el Tribunal Constitucional, véase PRESNO LINERA, «Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales», en *Liber amicorum. Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, EUO, Oviedo, 2016, pp. 575-587.

⁶⁶ De esta opinión, GARCÍA AMADO, en EL MISMO/CUERDA ARNAU (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 188. Si bien GARCÍA AMADO se ha erigido en uno de los críticos más reputados del método ponderativo (crítica que también formula en el trabajo citado), tampoco considera correcto el juicio de subsunción realizado por la Audiencia Nacional en este caso, del que dice que «no desentona del tipo de enigmáticas metafísicas que impregnan la actual jurisprudencia de tantos tribunales, incluidos los penales» (p. 194).

⁶⁷ Pese a no referirlo así, la Audiencia Nacional parecería estar delimitando un espacio de riesgo permitido en el que se incluirían las conductas muy levemente disruptivas, de las que, de todos modos, no da ningún ejemplo.

grado de interrupción posible. No obstante, si bien la Audiencia Nacional realiza un juicio subsuntivo, no sitúa el supuesto enjuiciado en el ámbito del ejercicio legítimo del derecho de manifestación, por cuanto asume que se produjo un exceso (un abuso, llega a decir)⁶⁸, sino que lo incluye entre los casos en que la sanción penal debe descartarse por aplicación del principio de proporcionalidad, del que es expresión, a su juicio, el denominado efecto desaliento. En este punto, aunque no lo explicita, sí realiza una ponderación. La Audiencia Nacional juzga aquí si pesa más el efecto buscado con la sanción penal o el efecto perjudicial para el futuro ejercicio del derecho fundamental de manifestación que tendría la imposición de aquélla⁶⁹. Esta ponderación la resuelve, como se ha expuesto ya, a favor de descartar la intervención penal, atendiendo a la escasa intensidad del exceso.

4. Confirmación de la condena por el Tribunal Constitucional⁷⁰

4.1. Sobre el ejercicio legítimo del derecho de manifestación

El Tribunal Constitucional, al igual que el Tribunal Supremo, mantiene que debieron confrontarse los derechos de reunión y de participación política en un juicio de ponderación. Tras concluir que la conducta de los manifestantes no constituyó un «ejercicio lícito de las libertades de reunión y manifestación», afirma que aquélla afectó a los derechos de terceros que, en este caso, «debían prevalecer, atendiendo al modo, tiempo y lugar en el que la protesta se hizo efectiva»⁷¹. Parte el tribunal de que los derechos invocados por los recurrentes «admiten limitaciones justificadas en protección de otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes»⁷². Siendo así, a su parecer no cabía sino concluir la preponderancia del derecho de participación política, por cuanto los hechos se produjeron en un contexto en el que se llevaron a cabo «actos, gestos y expresiones innecesariamente coercitivas»⁷³. La conducta de los recurrentes, en tal contexto, habría sido idónea para influir en la voluntad de los parlamentarios.

⁶⁸ Resulta evidente que, cuando la Audiencia Nacional hace referencia al abuso de derecho, no está queriendo decir lo que generalmente se entiende por tal. Precisamente, este tribunal mantiene que el caso puede subsumirse en tres grupos distintos. El primero, el del ejercicio legítimo del derecho. Un segundo grupo donde se encontraría (como entiende respecto de los hechos enjuiciados) el ejercicio excesivo del derecho, pero, a fin de cuentas, ejercicio de éste. Y un tercer grupo en el que se incluiría el ejercicio aparente del derecho, es decir, las conductas que, verdaderamente, no suponen un ejercicio del derecho. El concepto de abuso de derecho encaja en este último grupo y no en el segundo, como parecería sugerir la lectura de la sentencia de la Audiencia Nacional.

⁶⁹ Entiende, asimismo, que la Audiencia Nacional acaba realizando un juicio de ponderación, GARCÍA AMADO. Sin embargo, considera que la ponderación lo es entre «la ilegitimidad de la vulneración del bien jurídico que el correspondiente delito protege y la legitimidad de un derecho fundamental en sí y que, sin embargo, en el caso no se ha ejercido legítimamente». Cfr. GARCÍA AMADO, en EL MISMO/CUERDA ARNAU (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 195.

⁷⁰ El Ministerio Fiscal interesó la estimación parcial de los recursos de amparo interpuestos. Si bien interesó la desestimación de la alegada vulneración de los derechos fundamentales de expresión, reunión y manifestación, entendió vulnerados los derechos a un proceso con todas las garantías y de defensa (24.2 CE), por cuanto el Tribunal Supremo habría valorado los hechos probados en un sentido distinto a la Audiencia Nacional para condenar a los acusados, sin darles la debida audiencia a éstos. El Tribunal Constitucional, sin embargo, considera que el Tribunal Supremo no realizó una nueva valoración de los hechos, sino una subsunción de estos en el tipo, apreciando la concurrencia del tipo subjetivo en lo que constituye una valoración jurídica. Pese a que lo antedicho resulta de interés, el presente comentario se centra en la discusión relativa al ejercicio del derecho de manifestación por parte de los penados, que fue, precisamente, la cuestión que llevó a admitir el amparo al Tribunal Constitucional (STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021), Antecedentes, 5.).

⁷¹ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021), Fundamento Jurídico 5. C), a).

⁷² STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021), Fundamento Jurídico 5. C), b).

⁷³ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021), Fundamento Jurídico 5. C), b).

A pesar de lo anterior, el Tribunal Constitucional refiere tener presente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que incluye las «conductas físicas obstructivas» en el «ámbito general de protección» del derecho de manifestación, sin perjuicio de que no formen parte del «núcleo de facultades de actuación que define la libertad que reconoce el artículo 11 del CEDH»⁷⁴. Sin embargo, considera el tribunal que «la forma exorbitante e intimidatoria» en la que se realizó la manifestación haría patente que no se trató de un ejercicio *legítimo* de la libertad de reunión o manifestación, por lo que acaba concluyendo que las conductas enjuiciadas «no se encontraban dentro del ámbito objetivo de protección»⁷⁵ de tales derechos⁷⁶, pese a lo que, como hizo el Tribunal Supremo, consideró que debían ponderarse ambos derechos, por lo que su pronunciamiento está sujeto a las mismas críticas expuestas *ut supra*.

4.2. Principio de legalidad

Todavía más lejos va el Tribunal Constitucional al analizar si, descartado el ejercicio legítimo del derecho de manifestación, puede estimarse la vulneración del principio de legalidad. En primer lugar, y coincidiendo con el Tribunal Supremo, niega que el objetivo de la acción de protesta fuera expresar el desacuerdo y la indignación generalizados respecto de las políticas de reducción del gasto social. La verdadera finalidad de los manifestantes no habría sido otra que la de incapacitar al Parlamento «para el debate y la acción política», por lo que la subsunción de los hechos no resultaría irrazonable. Tampoco estima el Tribunal Constitucional la vulneración del principio de legalidad por resultar desproporcionada la sanción penal. La condena, a juicio de los recurrentes, produciría un efecto desalentador respecto del ejercicio de los derechos fundamentales cuya vulneración se había, asimismo, denunciado. Además, la condena a tres años de prisión resultaría desproporcionada atendiendo a la levedad de las conductas enjuiciadas. A este respecto, el Tribunal Constitucional reconoce que «la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados [...] implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza»⁷⁷. Con esta premisa recurre el tribunal, antes de volver a los hechos enjuiciados, a su jurisprudencia reciente sobre la relevancia penal de conductas situadas en el contexto del ejercicio de los derechos fundamentales. En este punto, recuerda el tribunal que, en tales supuestos, la legitimidad de la intervención penal viene determinada por la delimitación del contenido de los derechos fundamentales. Si la conducta se ajusta a éste, constituyendo un ejercicio regular del derecho fundamental correspondiente, no resulta legítima la imposición de una pena, ni siquiera cuando sea posible la subsunción de los hechos en el tipo. En cambio, cuando se produzca un exceso en el ejercicio del derecho fundamental, la intervención penal resultaría ilegítima cuando implique «un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio». Por último, la intervención penal resulta legítima cuando se esté

⁷⁴ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021), Fundamento Jurídico 5. C), c), en referencia a la STEDH de 15 de octubre de 2015, *Kudrevičius y otros c. Lituania*, § 97.

⁷⁵ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021), Fundamento Jurídico 5. D).

⁷⁶ De la misma opinión, SANTAOLALLA LÓPEZ, «El derecho de manifestación ante el Parlamento», *Revista de Derecho Político*, (91), 2014, p. 36. Invoca el autor la STC 301/2006, de 23 de octubre, que admitía la prohibición de manifestaciones cuando quedaran afectados o imposibilitados servicios esenciales. Entiende, a mi juicio irrazonablemente, que la paralización de la actividad parlamentaria podría considerarse como tal. La propia sentencia que cita el autor refiere que esa imposibilidad de prestar servicios esenciales debe tener «incidencia en la seguridad de personas o bienes», poniendo como ejemplo «los servicios de ambulancias, bomberos, policía o urgencias médicas». Es patente, pues, que el Tribunal Constitucional se estaba refiriendo a servicios que tratan de garantizar la integridad de personas o bienes con inmediatez, por lo que la paralización de la actividad parlamentaria no podría entenderse como la grave afectación de un servicio esencial en dicho sentido.

⁷⁷ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021), Fundamento Jurídico 7.2.1.a)

frente «a un aparente ejercicio de un derecho fundamental»⁷⁸. En este último grupo es en el que sitúa el Tribunal Constitucional la conducta de los recurrentes. La acción de protesta habría tenido el objetivo de impedir a los diputados el acceso a la sede parlamentaria, siendo, a juicio del tribunal, una clara muestra de dicho extremo el lema de la convocatoria. Siendo esta la finalidad de los manifestantes no podría hablarse siquiera de un exceso en el ejercicio del derecho de manifestación, al que se haría referencia únicamente como pretexto para llevar a cabo una conducta delictiva.

Resulta sorprendente, sin embargo, que el Tribunal Constitucional recurra a la referida clasificación, que es en la que se apoya la Audiencia Nacional, y que, pese a ello, considere procedente realizar un juicio de ponderación habiendo clasificado las conductas enjuiciadas en el grupo de las conductas que constituyen un mero ejercicio aparente del derecho fundamental. Del juicio de ponderación, como ocurre en la sentencia del Tribunal Supremo, no hay detalle, y es que el Tribunal Constitucional se limita a realizar un juicio de subsunción tras el que determina que la conducta de los acusados no puede subsumirse en la norma del derecho de manifestación.

4.3. Votos particulares

Mención aparte merecen los votos particulares formulados, en tanto en cuanto en tres de ellos se considera que la conexión de las conductas enjuiciadas con el ejercicio de derechos fundamentales debió haber dado como resultado la estimación del amparo. En su voto particular, el magistrado D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, que había declinado la ponencia al rechazarse sus propuestas de resolución (estimado el amparo) al Pleno del tribunal, afirma que las conductas enjuiciadas «están encuadradas sin duda alguna en el ámbito de protección» de las «libertades de expresión, reunión y manifestación alegadas», si bien entiende que no constituyen un ejercicio legítimo de éstas. Considera el magistrado que los hechos deben verse como acciones de protesta que, pese a exceder los límites, tenían una función de crítica política. La intervención penal, a su parecer, resulta desproporcionada, atendiendo a la severidad de la pena impuesta (que es privativa de libertad), a la escasa intensidad de la conducta enjuiciada (mera «confrontación verbal y gestual con los parlamentarios», sin agresión ni acometimiento), al hecho de que no se impidiera la actividad parlamentaria y, sobre todo, a la directa relación de la conducta de los penados con el ejercicio de derechos fundamentales. No obstante, esta conclusión no lleva al magistrado D. Cándido Conde-Pumpido Tourón a reivindicar una solución en clave de absolucón, sino que entiende merecida la sanción penal, aunque desproporcionada por el *quantum* de ésta, que debió ser reducido, a su parecer, aplicando la eximente incompleta del art. 21.1 CP en relación con el art. 20.7 CP. En definitiva, el referido magistrado mantiene que la sentencia del Tribunal Supremo vulneró el principio de legalidad (25.1 CE), en tanto en cuanto proscribía la imposición de penas desproporcionadas.

Los magistrados D. Juan Antonio Xiol Ríos y D^a María Luisa Balaguer Callejón (que formulan su voto particular conjuntamente) son todavía más críticos con el parecer de la mayoría, que consideran muestra de «una preocupante deriva de la jurisprudencia constitucional que, en el tratamiento de las condenas penales por conductas que se desarrollan en el ámbito material de los derechos a la libertad de expresión y de reunión, parece alejarse cada vez más de la jurisprudencia del TEDH». Ambos magistrados, que parten de que la conducta de los manifestantes se encontraba dentro del «ámbito material del ejercicio de los derechos a la

⁷⁸ STC (Pleno) 133/2021, de 24 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021), Fundamento Jurídico 7.2.1.b)

libertad de expresión y de reunión», objetan a la mayoría haber realizado un ejercicio de interpretación del art. 21 CE excesivamente limitado, sin profundizar en aspectos que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado al respecto. Éste, tal y como recoge el voto particular, ha puesto de relieve en su jurisprudencia que la inclusión de la conducta en el ámbito de protección material del derecho no depende tanto de que no se produzca ningún acto violento durante la manifestación, sino de que sus participantes o convocantes no tuvieran una intención violenta, sin que pueda bastar para afirmar dicho extremo que su intención fuera penalmente ilícita. Conductas como los cortes de carretera, ocupaciones o la producción de daños leves, como refieren los magistrados tras el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podrían estar dentro del ámbito material de protección del ejercicio del derecho de manifestación. De acuerdo con lo anterior, y tomando en consideración que la acción de protesta fue comunicada a las autoridades, que el objetivo y la pretensión de que su desarrollo fuera pacífico fueron explicados en una rueda de prensa por los convocantes y que, salvo «actos esporádicos de presión singular sobre determinados diputados», la manifestación tuvo dicho carácter, exponen los magistrados que «[n]o parece que pueda ser razonablemente controvertido el hecho de que la conducta por las [sic] que fueron finalmente condenadas las personas demandantes de amparo se desarrollaba en el contexto y en íntima vinculación con el ámbito material de protección del derecho de reunión pacífica».

En conclusión, entienden los magistrados que formulan este voto particular que el recurso a la intervención penal fue «desproporcionado y lesivo del derecho de reunión por el efecto desaliento que para el ejercicio de este derecho puede implicar». Fundamentan esta conclusión en el interés colectivo del asunto por el que se protestaba, la importancia del derecho de manifestación como expresión del principio democrático participativo y en la relativa levedad de la conducta de los penados, que, como insisten los magistrados en destacar, tenían la intención de reprochar a los diputados su voluntad de tomar medidas de recorte del gasto social, no de impedir la actividad parlamentaria. En definitiva, ambos magistrados sostienen que debió haberse estimado el amparo solicitado por vulneración del derecho de reunión y manifestación *ex art. 21 CE*.

5. Conclusión

El contenido de las sucesivas sentencias dictadas en el marco del caso comentado pone de manifiesto lo problemático que puede resultar sustituir la dogmática jurídico-penal por la aplicación directa de la doctrina constitucional. El método ponderativo, reivindicado por la presunta ventaja que constituiría evitar el recurso a criterios valorativos acerca de los derechos fundamentales para delimitar su contenido, no puede ser trasladado directamente al ámbito del Derecho penal. Su fundamento utilitarista no da cuenta del primer paso del análisis de la relevancia penal de una conducta, la afirmación del merecimiento de pena, por lo que no resulta adecuado para analizar la relevancia jurídico-penal de conductas cercanas al ejercicio legítimo de un derecho (en atención a las circunstancias concretas del caso, que pueden modificar la delimitación de aquél) que no constituyen un mero ejercicio aparente de éste. Estas deficiencias se dejan ver también en la sentencia del Tribunal Constitucional, que acaba realizando un juicio de ponderación entre el ejercicio de un derecho (el de representación, *ex art. 23 CE*) y una conducta que considera ajena al ámbito de protección de un derecho fundamental (el de reunión y manifestación, *ex art. 21 CE*), a fin de afirmar el carácter delictivo de esta última.

Asimismo, la urgencia de conectar el Derecho constitucional y la dogmática jurídico-penal se hace patente con la falta de recorrido doctrinal hacia una solución excluyente de la

antijuridicidad para los casos de ejercicio excesivo de un derecho, y es que, como se ha apuntado, la solución de la Audiencia Nacional implica problemas insalvables en el ámbito de la teoría de la justificación, como la generación de deberes de tolerancia para los afectados por una acción de protesta que no constituye el ejercicio legítimo de un derecho.

En definitiva, la disparidad de pareceres y la proliferación de votos particulares en el *iter* procesal del caso objeto de comentario no debe hacer otra cosa que alertar a la dogmática jurídico-penal de los peligros de su progresiva pérdida de independencia frente al Derecho constitucional.

«¿A qué hora? y ¿dónde? [...]». Sobre la anticipación de las barreras de punición en el delito de cohecho

Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 24 de junio de 2021

Roberto Cruz Palmera
Universidad Isabel I de Castilla
roberto jose.cruz@ui1.es

1. Introducción

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 24 de junio de 2021 (ponente Ariel Augusto Torres Rojas)¹ sobre el *sonado* caso colombiano «¿A qué hora? y ¿dónde?», que condenó al exsenador Eduardo Pulgar por la comisión de delitos contra la Administración Pública, plantea una serie de cuestiones bastante interesantes. Los hechos de este caso se podrían agrupar, cuanto menos, en dos partes. Por una parte, los relativos a los intereses del amigo del senador Pulgar en «comprar la justicia» para *resolver* un conflicto judicial. Por la otra, los relacionados con la propuesta realizada por parte del senador a un juez de la república para que el operador judicial decidiera en favor de los intereses del amigo del parlamentario.

En este caso se demostró que el entonces senador ofreció la suma de doscientos millones de pesos a un juez municipal, para que realizara un acto contrario a los deberes oficiales de su cargo —cohecho propio—, con el fin de favorecer los intereses del amigo del congresista. En relación con el resultado de la audiencia preliminar de restablecimiento del derecho en donde se dirimía el control de una universidad privada, cuyo manejo ostentaba, en gran parte, el amigo del parlamentario. La Corte determinó que el senador Pulgar obró con el propósito de que el funcionario judicial ejecutara un acto contrario a los deberes oficiales de su cargo. Dicho de otro modo: el senador emitió una verdadera oferta de compra de la justicia, oferta que fue rechazada de manera rotunda por parte del juez. Tras recibir el pliego de acusaciones, el senador se acogió a una sentencia anticipada, aceptando los cargos de tráfico de influencias de servidor público y, además, de cohecho por dar u ofrecer².

¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 24 de junio de 2021, SEP 64-2021, radicación núm. 300, acta núm. 34.

² Respecto a la sentencia anticipada, se trata de una figura procesal que pretende acelerar la justicia, premiando al acusado con una reducción de hasta una tercera parte de la pena aplicable. No obstante, la correcta aplicación de este mecanismo implica la necesidad de garantizar la inocencia del ciudadano y, para esto, es necesario comprobar la veracidad de la autoincriminación y, conjuntamente, corroborar la culpabilidad del acusado (artículo 40 de Ley 600 del 2000). Como señala el estatuto procesal, otro de los efectos principales de la sentencia anticipada es la abdicación del acusado al derecho de controvertir tanto la acusación como las pruebas en que en ella se funden.

2. Institución jurídica en juego

No son pocas las instituciones que la Corte Suprema de Justicia analiza con rigor en esta causa, mostrándonos interesantes aportaciones doctrinales. No me pronunciaré sobre todas las cuestiones que aparecen en esta sentencia. Por el contrario, me limitaré, esencialmente, a brindar un análisis sobre la problemática del castigo de la tentativa en el delito de cohecho y, conjuntamente, sobre la categorización y características de las normas penales que adelantan las barreras de protección en el marco de los delitos contra la Administración Pública.

3. Pretensiones de la defensa

La aceptación de cargos, en el marco de la legislación procesal colombiana, no implica la necesaria renuncia a la solicitud de determinadas pretensiones. En esta causa, la defensa formuló una petición específica: la prisión domiciliaria. No obstante, al tratarse de un delito cometido contra la Administración Pública, la Corte rechazó el otorgamiento de este beneficio.

4. Decisión de la Corte

Como mostramos al inicio, la Corte Suprema de Justicia de Colombia condenó como autor de un delito de cohecho al senador Eduardo Pulgar. Se descartó el título de imputación como autor responsable de un delito de tráfico de influencias, determinando que el sujeto actuó bajo un único propósito al realizar una sola lesión o puesta en peligro de un mismo bien jurídico³. En ese orden, se defendió el título de imputación como autor penalmente responsable de un delito de cohecho consumado. Esta valoración, a la luz del código penal y de la jurisprudencia colombiana vigente solo puede estimarse como plausible, por lo que no habría nada que comentar al respecto.

5. Comentario y balance

Vamos a abordar el análisis sobre los fundamentos conceptuales a partir de la dogmática jurídica de la anticipación delictiva que caracteriza a los delitos de cohecho y tráfico de influencias. Respecto a la primera conducta, constitutiva de un delito de tráfico de influencias de servidor público, la Corte, en la sentencia objeto de análisis, mantiene la siguiente posición:

«Es un delito de mera conducta, además de lo indebido en la utilización de la influencia, la conducta del influenciador adquiere relevancia penal con el simple acto de anteponer o presentar la condición de servidor público derivado del ejercicio del cargo o de la función o con ocasión del mismo, sin que importe el impacto o consecuencias en el destinatario, ubicando el delito en aquellos en los denominados de mera conducta, en tanto no se requiere la consecución del resultado, esto es, el éxito en la gestión del influenciado o la aceptación del requerimiento por parte de éste, basta que se despliegue el acto de la indebida influencia para consumir el delito»⁴.

Frente a esta valoración, cabría además resaltar el carácter anticipatorio del delito de tráfico de influencias.

³ En el fallo se recoge que el objeto de protección es la integridad de la función pública, integridad que se sustenta en el interés general que debe garantizar la eficacia de los principios de igualdad de trato, así como la posibilidad de formar un orden justo como fundamento del Estado colombiano.

⁴ SCSJC 9/2021, p. 24.

La Corte sostiene que el traficante de influencias es tanto determinable como autónomo en la realización de su acción indebida y, por ello, no es necesario constatar la posterior realización de conductas indebidas o ilícitas para poder determinar la consumación del delito. Éste, a nuestro modo de ver, se corresponde también con los denominados delitos instrumentales o de corte medial. Pues bien, y si se me permite la expresión, no hay un tráfico de influencias en sí mismo, pues siempre se trafica con el propósito de alcanzar algo. Por ejemplo, el traficante influye con el propósito de apoderarse de bienes públicos, o cuando opera en el autor ánimo de falsificar documentos para adquirir algún beneficio, en ambos casos, que podrían ampliarse con facilidad, sobresale un propósito posterior determinado. Respecto a la segunda conducta delictiva, delito de cohecho por dar u ofrecer, la Corte mantiene la siguiente posición:

«La dinámica propia de la forma de ejecución de este ilícito no requiere una inmediatez entre el acto demandado por el oferente corruptor y el cumplimiento de la canonjía por la que se vende la función pública; inclusive no se precisa que el acto demandado sea en sí mismo de contenido ilícito»⁵.

En coherencia con el extracto citado relacionado con el delito de cohecho, hasta donde alcanzo, se evidencia también su carácter instrumental. Sin embargo, para la Corte se trata de un delito de peligro⁶ y afirma que el límite que desplaza el delito de tráfico de influencias respecto del tipo de cohecho está en el ofrecimiento de la contraprestación. Sostiene, conjuntamente, que estas formas delictivas no admiten tentativa.

Esta última afirmación no resulta plausible, pues se aprecia incongruente al tenor del precepto contenido en el art. 27 del código penal colombiano⁷. Respecto a la imposibilidad de determinar la tentativa en los delitos de cohecho⁸, considero que quien inicia la ejecución de un ofrecimiento mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación sin alcanzar el resultado, en el marco de los delitos contra la Administración Pública, también traiciona su compromiso de hacer respetar la Constitución, así como su obligación ciudadana de acatar la ley y el deber de actuar de manera transparente y honesta. Es cierto que estas formas imperfectas de ejecución no suelen presentarse con habitualidad debido a múltiples circunstancias. Sin embargo, no comparto la imposibilidad de que tal clase de conductas den lugar a una tentativa. Vamos a argumentar mediante ejemplos: cuando la solicitud u oferta en el cohecho se realiza por un correo que luego es interceptado o se pierde antes de llegar a su destinatario; o cuando el ofrecimiento se canaliza mediante un intermediario, pero finalmente la oferta no llega al destinatario de la solicitud. En supuestos como estos, donde la conducta desplegada se aprecia como probabilísticamente apta para conseguir el resultado perseguido, ¿por qué deberían quedar impunes acciones cuyo único propósito es afectar el buen funcionamiento del aparato estatal? Según entiendo, si un sujeto comienza a ejecutar una conducta descrita en la Parte Especial, pero sin conseguir desarrollarla de forma íntegra —por motivos ajenos a su voluntad— como ocurre en la interceptación del correo, en el extravío de la misiva u otros escenarios, comete una

⁵ SCSJC 9/2021, p. 28.

⁶ SCSJC 9/2021, pp. 30-32.

⁷ Art. 27 CPC: «El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada».

⁸ SCSJC 9/2021, p. 32.

tentativa de cohecho y debe responder por ello⁹. A mi juicio, la antijuridicidad de estas conductas se aprecia en la manifestación dolosa del sujeto, cuando exterioriza la pretensión de corromper el aparato estatal o si se prefiere, cuando el sujeto expresa diferentes formas de ataque a la Administración que podrían lesionar distintos bienes jurídicos¹⁰. En ese sentido, para admitir la punibilidad, bastaría que la conducta realizada por parte del sujeto ponga en peligro el bien jurídico protegido y esta valoración, a mi parecer, no se distancia de los fundamentos sobre el castigo de la tentativa en el ordenamiento colombiano¹¹.

Respecto al segundo punto, esta clase de delitos —cohecho y tráfico de influencias—, se corresponden mejor con la denominación de *delitos instrumentales* y no tanto con la categoría de *delitos de peligro*¹². Así pues, entiendo que los delitos instrumentales, son *herramientas* para la comisión de otros *delitos* o para la confección de otras *infracciones penales*. El delito de cohecho no se caracteriza, en efecto, por ser un clásico delito de *resultado*¹³, si se me permite la expresión. Pero, como se sabe, esto no quiere decir que no exista un *resultado* como tal en el mundo fenoménico, lo que ocurre es que en él efectuamos una valoración *sobre los efectos* de una manera distinta. En ese sentido, es necesario apreciar la materialización de una propuesta en donde se relacione la recepción de dinero u otra utilidad, o la aceptación de una promesa remuneratoria para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o, en similar dirección, y como ocurrió en este caso, para ejecutar un acto contrario a los deberes oficiales del funcionario. Conjuntamente, la conducta debe *realizarse* en un contexto que resulte objetivamente relevante para lesionar el bien jurídico o, al menos, para ponerlo en peligro.

⁹ REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, BdeF, Buenos Aires, 2016, pp. 487-510. Siguiendo las valoraciones de REYES ALVARADO, también entiendo que la corrupción y los delitos de corrupción —en un sentido genérico—, asimismo pueden valorarse como intentos de acuerdos contrarios a Derecho y estos acuerdos buscan, por lo general, solucionar conflictos y llegar a soluciones a través de la violación de las normas. Semejante, también, a los ejemplos citados: SAP Málaga, Sección 2.ª, de 15 de octubre de 2004 (ECLI:APMA:2004:5403); STS 208/2006, Penal, de 20 de febrero (ECLI:TS:2006:978). A todo esto, dicha posición, desde mi parecer, no se contradice con el principio de intervención mínima, esto es, la idea de un mínimo número de delitos con penas limitadas e imprescindibles. En efecto, los tipos incongruentes, como entiendo que son las tentativas, contienen también un *resultado*, requiriendo que su autor haya ocasionado un *resultado* de puesta en peligro. Pues bien, en ello se baja dogmáticamente la legitimación del adelantamiento de las barreras de punición que suponen esta clase de normas, pues ya desde el intento de cometer una infracción penal se aprecia la modificación de un estado aprobado —en términos jurídicos— con una ejecución jurídicamente desaprobada en los mismos términos. Véase al respecto, QUINTERO OLIVARES, «Aspectos generales», en EL MISMO (dir.), *Derecho Penal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 32-35.

¹⁰ KINDHÄUSER, «Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft», *ZIS*, (6), 2011, pp. 461 s. Si no lo malinterpreto, los actos relacionados con la corrupción pueden dirigirse contra diversos intereses legales y, en ese orden, estima que lo concluyente para la legitimidad de dichas conductas es demostrar que el perpetrador al menos intenta lesionar un interés jurídico o que pretende colocarlo en peligro. Esta tesis sostenida por KINDHÄUSER tiene como consecuencia la aceptación de que los delitos de corrupción están dentro de diversos campos sociales, destacando especialmente su carácter expansionista.

¹¹ Similar, con razón, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 614 s.

¹² Entre quienes incluyen este delito como tipo de peligro, DE LA MATA BARRANCO, «Relación concursa entre los delitos de cohecho y prevaricación», en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, v. II, UCLM, Salamanca, 2001, pp. 314, 324; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 5.ª ed., 2008, p. 1102; CRESPO BARQUERO, «Corrupción y tráfico de influencias», *El nuevo código penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico práctico (III)*, pp. 483-525; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, «Delitos contra la Administración pública» en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1191.

¹³ OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7.ª ed., 2004, § 4, n. 8.

A mi modo de ver, la anticipación de las barreras de protección en el delito de cohecho se aprecia en la propia naturaleza del tipo, pues este se muestra como un muro de contención cuyo objetivo es evitar resoluciones o actuaciones injustas en el marco de las actividades de la función pública¹⁴. Sabemos que, en el cohecho, no hace falta que se consiga la producción del *resultado injusto pactado o la oferta ofrecida*¹⁵, pues basta con la manifestación de la propuesta remuneratoria corrupta para que surja la afectación del bien jurídico. Es aquí donde también sobresale el carácter preparatorio e instrumental de este delito. Como puede verse, en esta clase de normas, el legislador no espera a que se produzca, por ejemplo, la dilación indebida de una resolución que impone la sanción por el impago de alimentos en una causa de familia, sino que castiga los actos previos en donde se sustentará la comisión de posteriores manifestaciones o *resoluciones injustas*¹⁶. Dicho de otra manera, mediante estos tipos penales, se pretende anticipar a la realización de conductas que, en definitiva, afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Pero esa valoración no debe asimilarse como una expresión somera o excesivamente genérica, dado que la barrera de contención que apreciamos en el delito de cohecho está para evitar acciones posteriores tan graves como la prevaricación judicial, que pueden derivar en resultados muchas veces irreversibles. Como se adelantó, basta con que el funcionario acepte una promesa remuneratoria para redactar un acto que se entiende como contrario a sus funciones o que el proponente intente corromper la Administración mediante un ofrecimiento. Es este, precisamente, el carácter instrumental y anticipatorio en el marco de la expansión del Derecho penal que ocupa el delito de cohecho¹⁷.

Al estudiar la estructura típica, podemos ver que el delito de cohecho se corresponde con la categoría de delitos instrumentales, pues sirve de base para la evitación de otras conductas en donde se pueden lesionar o afectar otros bienes jurídicos, incluso delitos destinados a los relacionados con la Administración de Justicia. Cuando nos referimos a delitos instrumentales, no estamos ante una fase intermedia entre la consumación del tipo y la tentativa del delito fin, sino ante un período anterior a la tentativa del delito que se planifica, como ocurre en el cohecho.

¹⁴ Hasta donde alcanzo, cuando nos centramos en esta serie de supuestos, podemos ver que la injusticia también se deriva en la desigualdad que puede generarse a la hora de acelerar una resolución o una actuación que el funcionario debe realizar en el ámbito de sus funciones, pero que colocan en desventaja al resto de los ciudadanos que no participan en la dinámica corrupta. Más claro aún puede observarse en el caso que analizamos, en donde se castiga la emisión de una oferta de compra de la justicia.

¹⁵ También de esta opinión: CÓRDOBA RODA «Delitos contra la Administración Pública», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 2002-2003; RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia*, 6.ª ed., en RODRÍGUEZ RAMOS (dir.), La Ley, Madrid, 2017, p. 2241; FEIJOO SÁNCHEZ, «Delitos contra la Administración Pública», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 1130; SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAÍLLO, «Delitos contra la Administración Pública (II)», en LOS MISMOS/SERRANO TÁRRAGA/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 688; BLANCO CORDERO, «Delitos contra la Administración Pública», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, Lex Nova, 2010 p. 1580; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Delitos contra la Administración Pública», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Código Penal*, Civitas, Madrid, 2004, p. 2309; CRESPO BAQUERO/CAMARERO GONZÁLEZ, «Delitos contra la Administración Pública», en DEL MORAL GARCÍA (dir.), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia, Tomo II Art. 234 a 616 quáter*, Comares, Granada, 2018, p. 2551; MESTRE DELGADO, «Delitos contra la Administración Pública», en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2019, pp. 879-884.

¹⁶ ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2020, § 11 nm. 119. Es de sobra conocido que el legislador cuenta con la capacidad de anticipar la intervención a fases anteriores a la consumación. Puede hacerlo mediante figuras dependientes, pienso en «la tentativa» o «actos preparatorios punibles», pero también puede presentar figuras autónomas, por ejemplo, «delitos instrumentales» como el cohecho o el tráfico de influencias.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.ª ed., BdeF, Buenos Aires, 2011, *passim*.

Al revisar la definición que el legislador ofrece para esta clase de normas, vemos que los delitos instrumentales no se corresponden con ninguna de las siguientes manifestaciones delictivas: tentativa o consumación de un determinado delito fin, pensado siempre en la planificación que apreciamos en el cohecho, en el tráfico de influencias o en otro delito instrumental¹⁸. Por mandato del legislador penal, entendemos que en los delitos instrumentales la preparación de ciertos ilícitos, a través de determinados instrumentos, equivale a efectos punitivos a la consumación formal del tipo. Solo es necesaria la determinación de una conducta jurídicamente relevante a efectos de lo que la norma pretende evitar, para dar lugar a la aplicación a estos preceptos y, en tal sentido, la preparación de la ofensa al bien jurídico es la base para fundamentar el injusto en esta clase de delitos. Se trata, en definitiva, de sistemas preventivos. En efecto, podemos ver que los delitos instrumentales se corresponden con una modalidad específica de delito consumado en la que el legislador considera que el hecho de preparar un delito debe ser valorado ya como consumación. En tal sentido, cabe la posibilidad de admitir la tentativa para ciertos supuestos siempre que se detecte una inequívoca puesta en peligro para los bienes jurídicos. Así pues, considero que el castigo de la tentativa en los delitos que hemos analizado abonaría a los criterios de la prevención general negativa.

Resulta indiscutible que, en los delitos instrumentales, como entiendo también es el cohecho, no se sanciona la fase de ejecución del respectivo delito fin (*malversación de caudales públicos, falsedad documental, prevaricato...*), sino actos de preparación o de construcción de otros delitos. En tal orden, alguien comete un delito instrumental siempre que su conducta se corresponda con una función delictiva sin importar que se materialice el respectivo delito fin¹⁹.

6. Conclusión

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana que hemos comentado pone de relieve que la discusión sobre la conveniencia del castigo de la tentativa en normas penales que anticipan las barreras de protección sigue abierta. En tal sentido, parece necesaria la confección de interpretaciones y restricciones teleológicas que conduzcan a aplicaciones sopesadas y prudentes a la hora de aplicar el castigo de la tentativa en delitos como el cohecho.

La Corte ha perdido una oportunidad para orientar a los juzgados y magistrados de instancias inferiores en la confección del castigo de la tentativa en los delitos de corrupción. Y sostengo que ha perdido una oportunidad ideal por tratarse de un caso muy sonado. No hay que olvidar que rige en Colombia el deber de ajustar las decisiones de los tribunales inferiores a lo resuelto por la Corte Suprema.

En los delitos contra la Administración pública (*como el cohecho, el tráfico de influencias, la prevaricación...*), la tentativa es estructuralmente posible. Dicha figura debería sancionarse siempre que la acción desplegada por el sujeto sea interpretada, objetivamente, como el inicio de la ejecución y no como un simple acto preparatorio y, para ello, el obrar del sujeto deberá presentarse, externamente, como capaz de lesionar el bien jurídico protegido.

¹⁸ HEINRICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2019, pp. 5291-5294.

¹⁹ El fenómeno de la instrumentalidad como delito debe ser asimilado como una base sólida en la que se sustentan las condiciones necesarias para atacar un bien jurídico y esto puede apreciarse cuando revisamos delitos contra la Administración Pública, ocurre tanto en el cohecho como en el tráfico de influencias.

El efecto de la legitimidad penal en el desistimiento post-liberación de los presos

Daniel McCarthy
Universidad de Surrey

Ian Brunton-Smith
Universidad de Warwick

Sumario

-
Los estudios sobre la justicia y legitimidad procedimental han demostrado que, cuando los actores legales utilizan reglas formales de manera que sean percibidas como justas y coherentes por aquellos sujetos a su control, se puede conseguir una mayor obediencia a la ley. Numerosos estudios han mostrado cómo la legitimidad y la obediencia están unidas mediante el análisis de muestras del público general, pero pocos han comprobado esta relación en grupos de delincuentes. Usando datos de una encuesta longitudinal en presos de Inglaterra y Gales, encontramos que aquellos reos que perciben su experiencia en prisión como legítima son más proclives a creer que desistirán de la delincuencia. Sin embargo, a pesar de sus creencias en el desistimiento, no se traducen en efectos similares de la legitimidad en las tasas de reincidencia un año tras la puesta en libertad.

Abstract

-
Studies of procedural justice and legitimacy have shown that where legal actors use formal rules in ways that are perceived to be fair and consistent by those policed, greater compliance with the law can be achieved. A number of studies have assessed how legitimacy and compliance are related using general population samples, but few have tested these links among offending groups. Drawing on data from a longitudinal survey of prisoners across England and Wales, we find that prisoners who perceive their experience of prison as legitimate are more likely to believe that they will desist from crime. However, despite the existence of desistance beliefs, these do not translate into similar effects of legitimacy on proven reconviction rates a year post release.

Title: *The effect of penal legitimacy on prisoner's postrelease desistance*

-
Palabras clave: Legitimidad, justicia procedimental, desistimiento, prisiones

Keywords: *Legitimacy, procedural fairness, desistance, prisons*

Índice

-

1. Introducción

2. Legitimidad y justicia procedimental

3. Legitimidad de la prisión y desistimiento

4. Datos

4.1. Legitimidad percibida

4.2. Creencias de los presos sobre su futura reincidencia

4.3. Reincidencia probada

4.4. Características de los presos

4.5. Experiencias en prisión

5. Estrategia analítica

5.1. Datos ausentes

6. Resultados

7. Discusión

8. Bibliografía

9. Apéndice

-

1. Introducción*

Según el modelo de justicia procedimental de TYLER¹, los ciudadanos que perciben a la autoridad como legítima son más propensos a cumplir con sus mandatos y a confiar en el uso de dicha autoridad de su poder. Tratar a los ciudadanos de maneras que sean percibidas como justas puede ayudar a las autoridades a establecer una mayor obediencia y cooperación entre el público². Incluso cuando se toma en consideración grupos sujetos a la atención del sistema de justicia penal (p. ej. Identificaciones y registros, imputados o condenado por un delito), aquellos que creen ser tratados de forma justa y que los procedimientos son seguidos de forma igualitaria son más proclives a obedecer la ley en un futuro. Ello se sostiene incluso si el resultado de la experiencia no es satisfactorio para ellos³.

La relación empírica entre obediencia y cooperación con la ley ha sido comprobada generalmente a través de muestras de población general. De esta forma, se sabe poco sobre si los mismos procesos de construcción de legitimidad pueden influir en resultados de desistimiento (p. ej. cambios en la identidad y actitudes hacia el delito, o reducción del riesgo de reincidencia) entre presos. A diferencia de la población general, los presos están en continuo contacto con el sistema de justicia penal, lo que los convierte en particularmente susceptibles a los potenciales impactos negativos de un trato injusto. Muchos reos también han experimentado un contacto repetido durante sus vidas con las instituciones legales y penales, y tienen altas tasas de reincidencia⁴. En delincuentes en activo también pueden darse unos niveles altos de cinismo legal⁵, de manera que se afecta a la forma en la que perciben las interacciones con los funcionarios de prisiones y otro personal del sistema de justicia penal. La transición a la vida tras el encarcelamiento comporta también unos grandes desafíos, con sus posibles límites para el cambio personal y el desistimiento una vez que el delincuente ha sido puesto en libertad⁶.

Entender cómo las experiencias carcelarias se relacionan con el desistimiento post-liberación se es uno de los temas sobre los que sabemos relativamente poco en criminología. Investigaciones previas han determinado que los funcionarios de prisiones y la prisión como institución pueden tener efectos sobre el comportamiento de los reos durante la condena,

* Traducción por Juan A. Luque Peregrín de MCCARTHY/BRUNTON-SMITH, «The Effect of Penal Legitimacy on Prisoners' Postrelease Desistance» en *Crime y Delinquency Journal*, Vol. 64, Número 7, 2017, pp. 917-938. El contacto con los autores se puede realizar a través de la siguiente dirección de email de Daniel McCarthy d.mccarthy@surrey.ac.uk.

¹ TYLER, *Why people obey the law*, 2006.

² JACKSON/BRADFORD/STANKO/HOHL, *Just authority? Trust in the police in England and Wales*, 2012; MAZEROLLE/ANTROBUS/BENNETT/TYLER, «Shaping citizen perceptions of police legitimacy: A randomized field trial of procedural justice *Criminology*», 51, 2013, pp. 33-63; SUNSHINE/TYLER, «The role of procedural justice and legitimacy in shaping public support for policing», *Law y Society Review*, 37, 2003, pp.513-548.

³ FAGAN/PIQUERO, «Rational choice and developmental influences on recidivism among adolescent felony offenders», *Journal of Empirical Legal Studies*, 4, 2007, pp.715-748; PATERNOSTER/BRAME/BACHMAN/SHERMAN, «Do fair procedures matter? The effect of procedural justice on spouse assault». *Law y Society Review*, 31, 1997, pp.163-204; PENNER/VILJOEN/DOUGLAS/ROESCH «Procedural justice versus risk factors for offending: Predicting recidivism in youth», *Law and Human Behavior*, 38, 2014, pp.225-237; SUNSHINE y TYLER, *Law y Society Review*, 37, 2003, pp. 513-548; WALLACE/PAPACHRISTOS/MEARES/FAGAN, «Desistance and legitimacy: The impact of offender notification meetings on recidivism among high-risk offenders», *Justice Quarterly*, 33, 2016, pp.1237-1264.

⁴ PETERSILIA, *When prisoners come home: Parole and prisoner reentry*, 2003; SAMPSON, «Criminal justice processing and the social matrix of adversity», *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 651, 2014, pp. 296-301.

⁵ REISIG/WOLFE/HOLTFRETER «Legal cynicism, legitimacy, and criminal offending: The non-confounding effect of low self-control», *Criminal Justice and Behavior*, 38, 2011, pp.1265-1279.

⁶ TRAVIS, *But they all come back: Facing the challenges of prisoner reentry*, 2005.

incluyendo su obligación de cumplir con la autoridad de la prisión⁷. Diversos estudios han demostrado también que, si los delincuentes perciben su contacto con el personal del sistema de justicia penal como legítimo, ello puede resultar en un menor riesgo de reincidencia⁸. Estos resultados sugieren que las experiencias de los presos con un contacto y procedimientos justos y legítimos podrían estar relacionados con un cambio comportamental positivo, limitando el desafío⁹, reduciendo la vergüenza¹⁰, o influyendo en los valores morales de los presos¹¹. Hay, por lo tanto, buenas razones para esperar que aquellos delincuentes encarcelados, pero que experimentan su tiempo en prisión como legítimo y procedimentalmente justo, se sientan más obligados a cumplir con la ley tras su liberación.

En este estudio examinamos si las percepciones de justicia procedimental y contacto legítimo con las autoridades de la prisión influyen en las tasas *reales* de reincidencia tras la liberación y en sus *creencias* sobre su futuro desistimiento. Así, partiendo de investigaciones previas que han identificado nexos de unión entre legitimidad y reincidencia en grupos de delincuentes encarcelados¹² y no encarcelados¹³, examinamos si las experiencias positivas de la vida en prisión reducen el riesgo de reincidencia y las actitudes hacia el desistimiento. Nuestros datos provienen de la Encuesta de Reducción del Crimen de Presos (SPCR, por sus siglas en inglés), una encuesta longitudinal de presos en Inglaterra y Gales que registra las experiencias de los reos a lo largo de la duración de su condena, capturando también las actitudes hacia el delito, así como su evaluación del propio riesgo de reincidencia. Encontramos pruebas de que la legitimidad moldea las creencias de los delincuentes sobre su proclividad al desistimiento del delito, pero no tiene un nexo directo con los niveles de reincidencia un año tras su liberación. Ello sugiere que, aunque la legitimidad puede influir en una mayor motivación para desistir del delito, esta no es suficiente para traducirse en un desistimiento real.

2. Legitimidad y justicia procedimental

La conceptualización de la legitimidad de TYLER¹⁴ se basa en la comprensión de cómo las experiencias de justicia procedimental están ligadas a la obligación de la gente de obedecer la ley. La justicia procedimental puede ser descrita como la combinación de los procesos de toma de decisiones (es decir, si los sujetos son tratados justamente y perciben un correcto seguimiento de los procedimientos legales) y la calidad del tratamiento recibido (es decir, ser tratado con dignidad y respeto). El desarrollo de la justicia procedimental en encuentros entre

⁷ BRUNTON-SMITH/MCCARTHY, «Prison legitimacy and procedural fairness: A multilevel examination of prisoners in England and Wales», *Justice Quarterly*, 33, 2016, pp.1029-1054; FRANKE/BIERIE/MACKENZIE, «Legitimacy in corrections», *Criminology and Public Policy*, 9, 2010, pp.89-117; REISIG/MESKO «Procedural justice, legitimacy, and prisoner misconduct», *Psychology, Crime & Law*, 15, 2009, pp. 41-59; SPARKS/BOTTOMS, «Legitimacy and order in prisons», *British Journal of Sociology*, 46, 1995, pp.45-62.

⁸ PATERNOSTER/BRAME/BACHMAN/SHERMAN, *Law y Society Review*, 31, 1997, pp. 163-204; PENNER/VILJOEN/DOUGLAS/ROESCH, *Law and Human Behavior*, 38, 2014, pp. 225-237; WALLACE/PAPACHRISTOS/MEARES/FAGAN, *Justice Quarterly*, 33, 2016, pp. 1237-1264.

⁹ SHERMAN, «Defiance, deterrence, and irrelevance: A theory of the criminal sanction», *Journal of Research in Crime & Delinquency*, 30, 1993, pp. 445-473.

¹⁰ BRAITHWAITE, *Crime, shame and reintegration*, 1989.

¹¹ TYLER/LIND, «A relational model of authority in groups», *Advances in Experimental Social Psychology*, 25, 1992, pp. 115-192.

¹² BERJERSBERGEN/DIRKZWAGER/NIEUWBEERTA, «Reoffending after release: Does procedural justice during imprisonment matter? », *Criminal Justice and Behavior*, 43, 2016, pp. 63-82.

¹³ FAGAN/PIQUERO, *Journal of Empirical Legal Studies*, 4, 2007, pp. 715-748; PATERNOSTER/BRAME/BACHMAN/SHERMAN, *Law y Society Review*, 31, 1997, pp. 163-204; PENNER/VILJOEN/DOUGLAS/ROESCH, *Law and Human Behavior*, 38, 2014, pp. 225-237; WALLACE/PAPACHRISTOS/MEARES/FAGAN, *Justice Quarterly*, 33, 2016, pp. 1237-1264.

¹⁴ TYLER, *Why people obey the law*, 2006.

la autoridad y el ciudadano ha demostrado ser un mecanismo nuclear para determinar si el público acepta o no la decisión inmediata de la autoridad, y también afecta a la evaluación global de las acciones y mandatos de la autoridad como legítimos. Se han identificado cuatro elementos esenciales de la legitimidad como relevantes en el contexto de prisiones: voz, neutralidad, confianza y respeto¹⁵. *Voz* hace referencia a dar a los presos la oportunidad de exponer su caso; *neutralidad* es la aplicación justa de reglas y procedimientos; *confianza* significa que las autoridades de prisiones estén motivadas por valores genuinos de apoyo a los presos; y *respeto* engloba el trato educado, calmado y cortés, así como honesto y sincero, a los presos.

La aplicación empírica del modelo de TYLER ha sido llevada a cabo por numerosos académicos dentro del contexto de prisiones¹⁶. SPARKS y BOTTOMS¹⁷ y REISIG y MESKO¹⁸ identifican la importancia de la legitimidad para conseguir el orden y la obediencia en la prisión. Demuestran que el grado en el que las prisiones otorgan un trato justo y respetuoso (junto con la consecución de un orden seguro y estable) puede tener implicaciones importantes en la conducta de los presos. FRANKE *et al.*¹⁹ examinan las experiencias de los condenados en un «boot camp» y en una prisión tradicional, encontrando que aquellos internos que perciben que el trato por parte del personal es más justo procedimentalmente son más proclives a dejar la institución concediendo tasas más altas de legitimidad al sistema de justicia penal. Estos hallazgos también se encuentran cuando se tiene en cuenta la edad, raza e historia criminal, demostrando una unión robusta entre tratamiento del personal de prisiones y los niveles de legitimidad.

Los estudios de legitimidad han reconocido también cómo la «calidad moral» de las prisiones puede moldear las actitudes y comportamientos de los presos y el personal de la prisión²⁰. LIEBLING sostiene que las cualidades morales de la prisión están encarnadas y son promulgadas por las actitudes y conductas de los funcionarios de prisiones. La prisión es un emplazamiento en el que se dan desequilibrios de poder considerables, si bien «cuando la autoridad la usa alguien competente, y al servicio de un ideal más elevado, es algo más aceptable»²¹. La forma en la que los reos interpretan el tratamiento recibido por el personal de la prisión, y por supuesto la prisión en general, está lejos de ser segura. CREWE muestra que los reos están muy sensibilizados a la variación de trato que reciben del personal de vigilancia, a veces reaccionando de manera crítica a la aplicación de reglas por parte de estos. Los reos pueden ser bastante suspicaces con respecto a la autoridad de la prisión como resultado de sus experiencias negativas directas e indirectas de tratamiento incoherente, injusto o incluso brutal. Ello puede llevar a los presos a interpretar incluso las buenas intenciones de los funcionarios como una simple «fachada» o una «amenaza psicológica»²². Conseguir legitimidad en la prisión es, por tanto, un proceso incierto. A diferencia del contexto policial o judicial, donde los mandatos de policías u otros actores legales son cumplidos con frecuencia

¹⁵ TYLER, «Legitimacy in corrections», *Criminology and Public Policy*, 9, 2010, pp. 127-134.

¹⁶ FRANKE/BIERIE/MACKENZIE, *Criminology and Public Policy*, 9, 2010, pp. 89-117; REISIG y MESKO, *Psychology, Crime & Law*, 15, 2009, pp. 41-59; SPARKS y BOTTOMS, *British Journal of Sociology*, 46, 1995, pp. 45-62.

¹⁷ SPARKS/BOTTOMS, *British Journal of Sociology*, 46, 1995, pp. 45-62.

¹⁸ REISIG/MESKO, *Psychology, Crime & Law*, 15, 2009, pp. 41-59.

¹⁹ FRANKE/BIERIE/MACKENZIE, *Criminology and Public Policy*, 9, 2010, pp. 89-117.

²⁰ HULLEY/LIEBLING/CREWE, «Respect in prisons: Prisoners' experiences of respect in public and private sector prisons», *Criminology & Criminal Justice*, 12, 2012, pp. 3-23; LIEBLING, *Prisons and their moral performance: A study of values, quality, and prison life*, 2004; SPARKS y BOTTOMS, *British Journal of Sociology*, 46, 1995, pp. 45-62.

²¹ LIEBLING, «Distinctions and distinctiveness in the work of prison officers: Legitimacy and authority revisited», *European Journal of Criminology*, 8, 2011, p. 486.

²² CREWE, «Soft power in prison: Implications for staff-prisoner relationships, liberty and legitimacy», *European Journal of Criminology*, 8, 2011, p. 458.

incluso entre criminales en activo, en la prisión, el uso de la autoridad es muy visible y está continuamente sujeto a supervisión y enjuiciamiento por parte de los presos.

Las reglas establecidas, su aplicación y cumplimiento entre los presos reflejan la moral interna y las condiciones sociales de la vida en prisión (p. ej. seguridad, humanidad, condiciones razonables de vida). Estas condiciones también comunican a los presos su valor intrínseco como seres humanos²³. Ello se refleja en un número creciente de investigaciones que realza que el público²⁴ y la población delincuente²⁵ son más proclives a cumplir la ley si creen que sus valores y la naturaleza de su aplicación son procedimentalmente justos y legítimos. Un trato procedimental justo e imparcial transmite a la gente que tienen valía intrínseca y valor como seres humanos. Esto puede ayudar a facilitar el proceso de *alineación moral*²⁶, por el que se entiende una comunicación de pertenecer a un grupo moral compartido entre las autoridades y el público, el cual puede ayudar a tener un sentimiento de colectividad en su orientación hacia una conducta social normativa.

La alineación moral es, sin embargo, complicada en un ambiente correccional: en el mundo cerrado de una prisión las noticias de incluso la más mínima injusticia viajan rápido²⁷. Se ha encontrado que las percepciones de legitimidad hacia las agencias del sistema de justicia penal son bajas también entre aquellos delincuentes que han sido encarcelados previamente²⁸, presos de más edad²⁹, grupos minoritarios³⁰, y presos cumpliendo condenas cortas³¹. Dado que la injusticia y la desventaja social pueden haber sido experimentadas en las vidas de muchos presos, queda por ver cómo las experiencias de un pasado lejano en el sistema de justicia pueden ser desactivadas mediante un trato legítimo de personal de prisiones y de la prisión en general.

3. Legitimidad de la prisión y desistimiento

Las tasas de reincidencia de presos son altas; alrededor de un 45% de internos reincidieron en el año posterior a su puesta en libertad³². La reincidencia es particularmente pronunciada entre

²³ FRANKE/BIERIE/MACKENZIE, *Criminology and Public Policy*, 9, 2010, pp. 89-117; REISIG/MESKO, *Psychology, Crime & Law*, 15, 2009, pp. 41-59; SPARKS y BOTTOMS, *British Journal of Sociology*, 46, 1995, pp. 45-62.

²⁴ Para revisiones ver JACKSON/BRADFORD/STANKO/HOHL, *Just authority? Trust in the police in England and Wales*, 2012; TYLER, *Why people obey the law*, 2006.

²⁵ FAGAN/PIQUERO, *Journal of Empirical Legal Studies*, 4, 2007, pp. 715-748; PATERNOSTER/BRAME/BACHMAN/SHERMAN, *Law y Society Review*, 31, 1997, pp. 163-204; PENNER/VILJOEN/DOUGLAS/ROESCH, *Law and Human Behavior*, 38, 2014, pp. 225-237; WALLACE/PAPACHRISTOS/MEARES/FAGAN, *Justice Quarterly*, 33, 2016, pp. 1237-1264.

²⁶ JACKSON/BRADFORD/STANKO/HOHL, *Just authority? Trust in the police in England and Wales*, 2012; TYLER/LIND, *Advances in Experimental Social Psychology*, 25, 1992, pp. 115-192.

²⁷ SPARKS/BOTTOMS, *British Journal of Sociology*, 46, 1995, pp. 45-62; BOTTOMS/TANKEBE, «Beyond procedural justice: A dialogic approach to legitimacy in criminal justice», *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 102, 2012, pp. 119-170.

²⁸ PIQUERO/FAGAN/MULVEY/STEINBERG/ODGERS. «Developmental trajectories of legal socialization among serious adolescent offenders», *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 96, 2005, pp. 267-298.

²⁹ BRUNTON-SMITH/MCCARTHY, *Justice Quarterly*, 33, 2016, pp. 1029-1054.

³⁰ BRUNTON-SMITH/MCCARTHY, *Justice Quarterly*, 33, 2016, pp. 1029-1054; MURPHY/CHERNEY, «Fostering cooperation with the police: How do ethnic minorities in Australia respond to procedural justice-based policing?» *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 44, 2011, pp. 235-257.

³¹ STEINER/WOOLDREDGE, «Inmate versus environmental effects on prison rule violations», *Criminal Justice and Behavior*, 35, 2008, pp. 438-456.

³² MINISTRY OF JUSTICE, *Proven re-offending statistics quarterly January to December 2014*. London, England: Author, 2016.

reos jóvenes, efecto que se desvanece al llegar a la treintena³³. Los hombres tienen además más probabilidades de ser encarcelados de nuevo que las mujeres, así como también aquellos delincuentes de grupos étnicos minoritarios³⁴, y los condenados por delitos contra la propiedad³⁵. Por contra, los presos con condenas largas (de más de un año) son menos propensos a reincidir³⁶ debido quizás a los posibles efectos rehabilitadores del tiempo en prisión, combinados con el ciclo natural de desistimiento por la edad, si los presos dejan la prisión siendo más mayores y maduros que cuando entraron. Aquellos presos sin apoyo social estable ni acceso a vivienda, y aquellos que tienden al consumo de sustancias, presentan también un mayor riesgo de reincidencia³⁷.

Considerando los efectos de la legitimidad en la reincidencia tras la liberación, recientes estudios de BERJERSBERGEN *et al.*³⁸ en los Países Bajos han demostrado que el trato procedimentalmente justo e imparcial de los reos durante su condena se asocia con un riesgo bajo de reincidencia durante los siguientes 18 meses tras su puesta en libertad. Particularmente, estos autores resaltan el papel que juega el personal de vigilancia y la calidad del trato que proporcionan a los presos durante su condena, apuntando a que pueden existir beneficios duraderos de obediencia a la ley. Aun así, no queda claro si estos resultados pueden ser generalizados más allá de los Países Bajos, nación con una historia de un trato humano de los presos. Asimismo, estos autores se basaron en una muestra de reos cumpliendo condenas comparativamente cortas (hasta un máximo de 9 meses), con la posibilidad de que los presos cumpliendo condenas más largas (con una mayor probabilidad de experiencias negativas en prisión, combinada con mayores barreras de reentrada en la sociedad debido a un mayor tiempo de encarcelamiento) experimenten beneficios menores de un trato procedimentalmente justo e imparcial. Se han encontrado resultados similares cuando se han investigado las relaciones entre legitimidad y sus efectos sobre el riesgo de reincidencia. Por ejemplo, ROCQUE, BIERIE, POSICK Y MACKENZIE³⁹ encuentran que los reos que puntúan más alto en legitimidad (medida como creencias prosociales, incluyendo la confianza en la autoridad) son menos proclives a la reincidencia al dejar la prisión.

Estudiando otros grupos delictivos de alto riesgo, PATERNOSTER *et al.*⁴⁰ demuestran que, entre los delincuentes que fueron detenidos de forma obligatoria por delitos de violencia doméstica, aquellos que percibían su trato por la policía como procedimentalmente justo eran menos propensos a ser detenidos de nuevo que aquellos que fueron objeto de un trato injusto. Estos efectos se mantienen incluso cuando se tienen en cuenta las características sociodemográficas y la historia previa de violencia doméstica, y se mantienen durante un período relativamente

³³ Para revisión ver NAGIN/CULLEN/JONSON, «Imprisonment and reoffending» *Crime and Justice*, 38, 2009, pp. 115-200.

³⁴ GENDREAU/LITTLE/GOGGIN, «A meta-analysis of the predictors of adult offender recidivism: What works!», *Criminology*, 34, 1996, pp. 575-608.

³⁵ BRUNTON-SMITH/HOPKINS, *The factors associated with proven reoffending following release from prison: Findings from Waves 1 to 3 of SPCR— Results from the Surveying Prisoner Crime Reduction (SPCR) longitudinal cohort study of prisoners*. London, England: Ministry of Justice, 2013.

³⁶ MINISTRY OF JUSTICE, *Proven re-offending statistics quarterly January to December 2014*. London, England: Author, 2016.

³⁷ BRUNTON-SMITH/HOPKINS, *The factors associated with proven reoffending following release from prison: Findings from Waves 1 to 3 of SPCR— Results from the Surveying Prisoner Crime Reduction (SPCR) longitudinal cohort study of prisoners*. London, England: Ministry of Justice, 2013.

³⁸ BERJERSBERGEN/DIRKZWAGER/NIEUWBEERTA, *Criminal Justice and Behavior*, 43, 2016, pp. 63-82.

³⁹ ROCQUE/BIERIE/POSICK/MACKENZIE, «Unraveling change: Social bonds and recidivism among released offenders», *Victims & Offenders*, 8, 2013, pp. 209-230.

⁴⁰ PATERNOSTER/BRAME/BACHMAN/SHERMAN, *Law y Society Review*, 31, 1997, pp. 163-204.

largo de tiempo (los delincuentes fueron seguidos durante 14 meses). De igual forma, WALLACE *et al.*⁴¹ encontraron reducciones notables en el riesgo de reincidencia entre aquellos sujetos asociados a bandas en libertad condicional que participaban en un programa diseñado a fortalecer la legitimidad y las percepciones de justicia. La asociación entre una alta tasa de legitimidad y un riesgo bajo reincidencia ha sido también establecida en otros estudios⁴².

No obstante, el desistimiento es más complejo que la simple consideración del riesgo de reincidencia, ya que una conceptualización más amplia del desistimiento permite algunas recaídas siempre y cuando haya un cambio cognitivo y conductual que aleje a la persona del delito. Una idea clave es el cambio psicológico en los delincuentes hacia lo que MARUNA⁴³ ha llamado una «identidad prosocial revisada», una nueva versión de uno mismo que intenta distinguirse del yo delincuente del pasado. El desistimiento ha sido explicado generalmente a través de dos teorías: la del control social asociada a los vínculos que el delincuente activa con la sociedad⁴⁴ y el interaccionismo simbólico que explica los cambios en las identidades de los delincuentes y en sus creencias cognitivas⁴⁵. Ambos presentan elementos que se solapan, y son importantes para entender el desistimiento tras la liberación. Mientras que las semillas del desistimiento pueden ser plantadas en prisión para algunos internos (en términos de cambios en la propia identidad y remordimientos por los delitos cometidos), estos cambios cognitivos se ven obstaculizados por los más que conocidos retos estructurales para readaptarse a la vida durante la reentrada⁴⁶. Así, aunque las «transformaciones cognitivas»⁴⁷ pueden irse construyendo durante la condena en prisión, su uso con éxito tras la liberación para evitar una vida de delincuencia presenta dificultades especiales para muchos reos.

GIORDANO *et al.*⁴⁸ propone la teoría de «la transformación cognitiva» que «opera como un catalizador para un cambio duradero cuando motiva cambios fundamentales en la identidad y significado del comportamiento desviado/criminal». Este proceso transformativo, en términos de actitudes hacia el delito, debería ser entendido como una palanca importante que facilite los vínculos de la teoría de control social (es decir, encontrar trabajo, desarrollar relaciones familiares) que son normalmente asociadas con las formas de desistimiento. Aunque la teoría de la transformación cognitiva es ciertamente plausible, no están tan claros los procesos específicos y las experiencias involucradas en estas transformaciones cognitivas. Nuestra hipótesis es que hay un vínculo entre el tiempo en prisión y las interacciones legítimas con el personal de vigilancia y las condiciones sociales del encierro y las transformaciones cognitivas. Tal y como BOTTOMS Y SHAPLAND⁴⁹ comentan, el desarrollo de actitudes prosociales y una *fuerte voluntad* para desistir podrían formarse cuando los delincuentes desarrollan relaciones de

⁴¹ WALLACE/PAPACHRISTOS/MEARES/FAGAN, *Justice Quarterly*, 33, 2016, pp. 1237-1264.

⁴² FAGAN/PIQUERO, *Journal of Empirical Legal Studies*, 4, 2007, pp. 715-748; PENNER/VILJOEN/DOUGLAS/ROESCH, *Law and Human Behavior*, 38, 2014, pp. 225-237.

⁴³ MARUNA, *Making good: How ex-convicts reform and rebuild their lives*. 2001.

⁴⁴ SAMPSON/LAUB, *Crime in the making: Pathways and turning points through life*, 1995.

⁴⁵ GIORDANO/CERNKOVICH/RUDOLPH «Gender, crime and desistance: Toward a theory of cognitive transformation», *American Journal of Sociology*, 107, 2002, pp. 990-1064; MARUNA, *Making good: How ex-convicts reform and rebuild their lives*. 2001.

⁴⁶ PETERSILIA, *When prisoners come home: Parole and prisoner reentry*, 2003; TRAVIS, *But they all come back: Facing the challenges of prisoner reentry*, 2005.

⁴⁷ GIORDANO/CERNKOVICH/RUDOLPH, *American Journal of Sociology*, 107, 2002, pp. 990-1064.

⁴⁸ GIORDANO/CERNKOVICH/RUDOLPH, *American Journal of Sociology*, 107, 2002, p. 992.

⁴⁹ BOTTOMS/SHAPLAND, Steps towards desistance among male young adult recidivists. En FARRALL/HOUGH/MARUNA/SPARKS (Eds.), *Escape routes: Contemporary perspectives on life after punishment*, 2011, pp. 43-77.

apoyo y lo que ellos llaman “moralmente virtuosas” con profesionales del sistema de justicia penal⁵⁰.

4. Datos

Para examinar las uniones empíricas entre percepciones de legitimidad y el desistimiento del delito hemos utilizado datos del estudio SPCR. Este es una encuesta longitudinal a gran escala entre presos de Inglaterra y Gales, con entrevistas realizadas a la llegada a la prisión, de nuevo antes de la liberación, y una tercera vez dos meses tras la liberación. La encuesta adopta un muestreo agrupado multi-estadio, con prisiones incluidas en el marco de muestreo si han tenido un mínimo mensual de ingresos de al menos 10 presos. Dentro de cada prisión elegible se seleccionaron muestras de presos recién llegados (entre 2 y 5 semanas desde la llegada⁵¹). Los presos cumpliendo condenas más largas (más de 18 meses) y las mujeres fueron ambos muestreados en exceso para asegurar que se incluyeran un número suficiente de estos delincuentes en el set de datos. Todos los presos entrevistados en la primera tanda fueron seleccionados para una entrevista previa a y otra posterior a la liberación, siendo las entrevistas de seguimiento fechadas para dos semanas antes de la liberación y dos meses después de la misma. También se compararon los antecedentes de los presos con información del *Police National Computer* (PNC) sobre reincidencia e historia delictiva. No fue posible comparar los antecedentes en todos los casos, dado que los datos del PNC estaban incompletos para 271 casos. Por ello, la muestra analítica final es de 2,841 presos condenados en 2005 y 2006 a entre 1 mes y 4 años⁵². La muestra original es ampliamente representativa de la población carcelaria⁵³ con una tasa de respuesta del 60%.

4.1 Legitimidad percibida

La idea central de la justicia procedimental es que un cumplimiento mayor y cooperación con la ley se pueden alcanzar cuando se percibe que la ley es aplicada de una manera justa e igualitaria. En el caso de los presos, esto se consigue cuando los condenados creen que el personal de vigilancia es una fuente legítima de control⁵⁴. Para medir la percepción de los reos de la legitimidad del personal de vigilancia, usamos un total de 10 ítems que abarcan percepciones sobre la relación preso-vigilante, trato justo, apoyo, y percepciones sobre la honestidad e integridad de los funcionarios. Todas las preguntas son medidas en una escala de Likert de 5 puntos, donde 1 es *nada de acuerdo* y 5 *muy de acuerdo*.

1. Siento que en esta prisión se confía en mí
2. Las relaciones entre presos y personal en esta prisión son buenas
3. Confío en el personal de vigilancia de esta prisión
4. Aquí se me trata con humanidad
5. En general, el personal de vigilancia de la prisión me trata de forma justa
6. El personal de prisión me ha ayudado de manera significativa con algún problema

⁵⁰ Ver también FARRALL, *Rethinking what works with offenders*, 2002; LEIBRICH, *Straight to the point: Angles on giving up crime*, 1993.

⁵¹ Los criterios de elegibilidad se extendieron a 6 meses para reos con sentencias más largas (más de 18 meses) para asegurar un muestreo suficiente.

⁵² Se añadieron 737 presos cumpliendo condenas cortas en el muestreo original. Sin embargo, estos presos no tomaron parte en las entrevistas previas a la liberación, así que no había datos sobre percepciones de legitimidad para este grupo.

⁵³ CLEARY/AMES/KOSTADINTCHEVA/MULLER, *Surveying Prisoner Crime Reduction (SPCR): Wave 1 (reception) samples 1 and 2 technical Report*. London, England: Ministry of Justice, 2012.

⁵⁴ LIEBLING,, *Prisons and their moral performance: A study of values, quality, and prison life*, 2004

7. Recibo apoyo del personal de la prisión cuando lo necesito
8. El personal de la prisión suele ser honesto e íntegro
9. Personalmente, me llevo bien con los vigilantes de mi módulo
10. El personal me ayuda a mantener contacto con sus familiares

Los 10 ítems fueron combinados usando un Análisis Factorial Confirmatorio (CFA, por sus siglas en inglés). Se evaluaron las especificaciones de tanto uno como dos factores, distinguiendo la especificación de dos factores entre confianza (ítems del 1 al 5) y respeto (ítems del 6 al 10). La solución de dos factores no produjo una clara mejora en el modelo, estando los dos factores altamente correlacionados (.98), lo que sugiere que una solución de factor único es la apropiada. Esta solución de factor único es coherente con HENDERSON, WELL, MAGUIRE y GRAY⁵⁵, quienes demostraron que, cuando los reos realizan juicios sobre el personal, estas percepciones abarcan creencias sobre su honestidad e integridad, así como experiencias de trato justo y evaluación sobre su confianza. Las cargas factoriales están incluidas en la Tabla A1 en el Apéndice.

4.2 Creencias de los presos sobre su futura reincidencia

El desistimiento se mide por la evaluación de los propios presos sobre su proclividad a la reincidencia. Ello nos permite identificar tendencias de desistimiento «más suaves» que podrían no verse reflejadas de forma precisa en los datos oficiales de reincidencia. Para algunos expresos, la realidad en la que viven tras la liberación puede llevarlos a ser encarcelados de nuevos, incluso si han experimentado un cambio en sus actitudes hacia el delito. A pesar de algunos resultados diversos respecto a si los delincuentes que tienen actitudes orientadas al desistimiento evitan *de facto* evitan la reincidencia⁵⁶ al preguntarles a los presos acerca de su proclividad a la reincidencia hemos sido capaces de reflejar a aquellos exdelincuentes que muestran *intención* de desistir del delito.

Hemos medido las actitudes hacia la delincuencia en la entrevista de la segunda tanda antes de la liberación de prisión, y de nuevo en los meses subsiguientes a la misma durante la tercera. En cada ocasión usamos datos de cinco ítems que miden las creencias sobre la delincuencia, estando cada ítem medido en una escala Likert de 5 puntos, donde 1 es *nada de acuerdo* y 5 *muy de acuerdo*.

1. Siempre me meteré en problemas
2. La delincuencia es ahora una forma de vida para mí
3. De ninguna forma me meteré en problemas con la policía tras mi liberación (codificación inversa)
4. Si las cosas me van mal, podría volver a delinquir
5. No volvería a cometer los mismos delitos de nuevo (codificación inversa)

Las respuestas se combinan usando un CFA para formar una variable latente única con ocasión de cada medida, representando las puntuaciones más altas una inclinación mayor a la reincidencia en el futuro. Toda la carga de los factores está incluida en la Tabla A1 en el apéndice.

⁵⁵ HENDERSON/WELLS/MAGUIRE/GRAY, «Evaluating the measurement properties of procedural justice in a correctional setting», *Criminal Justice and Behavior*, 37, 2010, pp. 384-399.

⁵⁶ BANSE/KOPPEHELE-GOSSEL/KISTEMAKER/WERNER/SCHMIDT, «Pro-criminal attitudes, intervention, and recidivism», *Aggression and Violent Behavior*, 18, 2013, pp. 673-685; SHAPLAND/BOTTOMS “Reflections on social values, offending and desistance among young adult recidivists”, *Punishment & Society*, 13, 2011, pp. 256-282.

4.3 Reincidencia probada

Además de las creencias de los presos sobre su futura reincidencia, examinamos los vínculos entre la legitimidad y el riesgo más formal de reincidencia. Comprobamos los antecedentes de los presos en el PNC, identificando a aquellos expresos que entraron en contacto con el sistema de justicia penal tras su liberación. Aquí nos centramos en aquellos delincuentes que fueron condenados por otro delito 12 meses tras su liberación (la sentencia judicial podría haber ocurrido hasta 6 meses después), incluyendo aquellos delitos que acabaron sin condena (es decir, advertencias, reprimendas o multas).

4.4 Características de los presos

Incluimos las características sociodemográficas del preso para tener en cuenta otros determinantes potenciales del desistimiento del delito. Desde la primera tanda de entrevistas incluimos el género, edad, etnia, delito y tiempo de la condena de cada preso. También se tiene en cuenta el nivel educativo, distinguiendo entre aquellos sin cualificación y aquellos con el diploma de Educación Secundaria, bachillerato, graduado y aquellos con cualificaciones no tradicionales (incluyendo cualificaciones internacionales y profesionales). También identificamos aquellos delincuentes que dijeron haber sido expulsados del colegio o que dejaron los estudios. Finalmente, también incluimos una medida binaria indicando si el delincuente tenía algún familiar condenado por un delito.

De la tercera tanda (después de la salida de prisión), identificamos a aquellos delincuentes que informaron estar sin hogar o viviendo en alojamientos temporales en el momento de la entrevista, así como a aquellos que admitían haber consumido drogas (distinguiendo Clase A y Clase B/C)⁵⁷ en las 4 semanas previas a la entrevista. También incluimos una medida de historial delictivo previo grabado en el PNC, siendo las puntuaciones más altas para aquellos que han tenido más condenas, de media, por año⁵⁸.

4.5 Experiencias en prisión

Además de las características sociodemográficas de los presos, también incluimos detalles del tiempo en prisión de los condenados. Para tener en cuenta las interacciones iniciales de los presos con el personal a su llegada, incluimos información de tres ítems de la entrevista original que se combina con un análisis factorial confirmatorio para formar una variable única latente (Tabla A1 en el Apéndice). Finalmente, incluimos detalles de la valoración de los prisioneros de las condiciones dentro de prisión, combinando datos de tres ítems separados (Tabla A1 en el Apéndice).

5 Estrategia analítica

El modelo de TYLER⁵⁹ de justicia procedimental realza el papel que la legitimidad puede jugar para aumentar el cumplimiento de la ley. Centrándose en la obediencia a la policía, TYLER enfatiza la dimensión normativa de la legitimidad. Un mayor alineamiento entre los valores de los individuos y las instituciones formales de justicia (es decir, la policía o el personal de prisiones) lleva a la gente a sentir una obligación moral y ética mayor hacia el cumplimiento de la ley. En el presente análisis, esperamos encontrar un proceso similar, siendo aquellos presos

⁵⁷ De acuerdo a la UK Misuse of Drugs Act, la Clase A engloba opioides, mientras que la B y la C engloban estimulantes, benzodiazepinas, sedantes y hongos. (*N. del T.*)

⁵⁸ Se ha medido con una puntuación Copas (COPAS/MARSHALL, 1998) calculado como $\ln(n+1)/c+10$, donde n es el número total de apariciones o amonestaciones del juzgado, y c es el tiempo total de la carrera criminal en años.

⁵⁹ TYLER, *Why people obey the law*, 2006.

que creen que el personal de prisión actúa de una manera justa e igualitaria confiere mayor confianza en otras instituciones de justicia, lo que a su vez los hace más proclives a cumplir con las normas a la salida de prisión.

Para valorar esta posibilidad, y examinar si las percepciones de los presos de la legitimidad del personal de prisiones se traducen en cumplimiento con la ley después de la liberación usamos un enfoque de modelación de variable latente⁶⁰. Esto nos permite tener en cuenta de forma correcta los errores de medición asociados con las percepciones de los presos de la legitimidad (y nuestras medidas de trato inicial, condiciones de prisión, y creencias sobre reincidencia futura). Estimamos modelos examinando las conexiones entre percepciones de la legitimidad y creencias sobre reincidencia futura (antes y después de la liberación). También examinamos si las percepciones de legitimidad posteriormente se traducen en reducción de reincidencia (1 año tras la puesta en libertad). Todos los modelos tienen en cuenta las condiciones sociodemográficas del preso, experiencia en prisión y detalles sobre su delito y condena. También incluimos información sobre su historia delictiva previa, lo que explica factores no medidos de conducta delictiva. Una historia delictiva previa está fuertemente relacionada con la reincidencia⁶¹ pero podría enmascarar influencias más sutiles en el camino al desistimiento. Para aquellos delincuentes con historias más extensas de criminalidad, los ciclos conductuales en los que se basan sus delitos y la mayor probabilidad de contacto frecuente con la justicia penal pueden crear retos difíciles de superar con el vínculo legitimidad-desistimiento. Además, las evidencias prueban que los delincuentes con delitos más graves tienden a tener actitudes más cínicas hacia el sistema de justicia penal⁶², lo que podría resultar en que dichos delincuentes estén más sensibilizados a interacciones negativas subsiguientes con las autoridades de la prisión⁶³. Los modelos están, por ello, estimados con y sin este efecto.

5.1 Datos ausentes

Aunque la muestra original era ampliamente representativa de la población de prisión, la encuesta experimentó un desgaste considerable en las entrevistas de seguimiento, pudiendo entrevistarse de nuevo el 62% antes de la puesta en libertad y números similares (59%) entrevistados otra vez después de la liberación. Con tal nivel de desgaste, los resultados desajustados podrían estar sesgados, lo que llevaría a inferencias incorrectas⁶⁴. Por ello, todos los modelos están estimados siguiendo la Imputación Múltiple.

Se ha demostrado que la imputación múltiple es una solución adecuada al problema del desgaste cuando los datos pueden ser asumidos *Missing at Random* (MAR)⁶⁵; la probabilidad de ausencia de datos no está relacionada con los valores ausentes, condicional de cada covariable incluida. La investigación de BRUNTON-SMITH, CARPENTER, KENWARD Y TARLING⁶⁶ sobre las razones de desgaste en SPCR sugiere que la asunción MAR es plausible, siendo menos del 10% de los presos quienes han dejado de participar en cada tanda. En su lugar, los altos niveles de falta de respuesta en la tanda 2 fueron el resultado en su mayoría de un tiempo insuficiente para

⁶⁰ BOLLEN, *Structural equations with latent variables*, 1989.

⁶¹ BRUNTON-SMITH/HOPKINS, *The factors associated with proven reoffending following release from prison: Findings from Waves 1 to 3 of SPCR— Results from the Surveying Prisoner Crime Reduction (SPCR) longitudinal cohort study of prisoners*. London, England: Ministry of Justice, 2013.

⁶² REISIG/WOLFE/HOLTFRETER, *Criminal Justice and Behavior*, 38, 2011, pp. 1265-1279.

⁶³ Para ejemplos de política policial ver a SKOGAN, «Asymmetry in the impact of encounters with police», *Policing & Society*, 16, 2006, pp. 99-126.

⁶⁴ RUBIN, *Multiple imputation for non-response in surveys*, 1987.

⁶⁵ RUBIN, *Multiple imputation for non-response in surveys*, 1987.

⁶⁶ BRUNTON-SMITH/CARPENTER/KENWARD/TARLING, *Surveying Prisoner Crime Reduction (SPCR) using multiple imputation to recover missing data from the SPCR*. London, England: Ministry of Justice, 2014.

asegurar una nueva entrevista, y en la tanda 3, la falta de respuesta fue el resultado de contactos infructuosos debido a direcciones de contacto incorrectas.

Para explicar la ausencia de datos, primero estimamos un modelo de imputación, incluyendo variables que son predictivas tanto de ausencia y (al menos de forma plausible) los valores de las variables incompletas medidas en las tandas 2 y 3. Ello incluye el espectro máximo de características sociodemográficas en nuestro modelo analítico de interés (medido en la tanda 1, y por lo tanto completamente observado), así como las variables “auxiliares” adicionales identificadas en BRUNTON-SMITH *et al.*⁶⁷ como predictivas de ausencia⁶⁸. El modelo de imputación es usado para generar valores plausibles para todos los casos ausentes, completando el set de datos. Se generan un total de 20 set de datos “completos” desde el modelo de imputación, y el modelo analítico estimado usa cada set de datos y los resultados combinados de acuerdo con las reglas de RUBIN⁶⁹. Ello asegura que la incertidumbre asociada con los valores ausentes se lleva de manera correcta a través del modelo de interés. Tanto el modelo de imputación como nuestro modelo analítico son estimados en Mplus⁷⁰.

6. Resultados

La Tabla 1 incluye resultados de los tres modelos que unen las percepciones de los presos de la legitimidad y sus creencias sobre su proclividad a la reincidencia. Coherentemente con el marco de justicia procedimental, encontramos que aquellos delincuentes que mantienen visiones más positivas sobre la legitimidad son significativamente menos propensos a creer que volverán a reincidir cuando se les entrevista antes de su puesta en libertad (Modelo 1). Ello es verdad incluso cuando se tiene en cuenta el historial previo de delitos del condenado (Modelo 2). Es de destacar estas tendencias a la baja hacia la reincidencia siguen siendo evidentes cuando los delincuentes son entrevistados tras su puesta en libertad (Modelo 3), lo que sugiere que la legitimidad puede contribuir a un cambio más fundamental en las actitudes prosociales del preso subsiguiente a su liberación de prisión.

⁶⁷ BRUNTON-SMITH/CARPENTER/KENWARD/TARLING, *Surveying Prisoner Crime Reduction (SPCR) using multiple imputation to recover missing data from the SPCR*. London, England: Ministry of Justice, 2014.

⁶⁸ Variables auxiliares: inglés como lengua extranjera; vivir con la familia antes de la sentencia, sin acceso a doctor registrado, delitos previos de robo, consentimiento a comparación de dirección (w2), consentimiento a comparación adicional (w2), puntuación alta de falta de contacto en prisión (w2), puntuación alta de negación en prisión (W2).

⁶⁹ RUBIN, *Multiple imputation for non-response in surveys*, 1987.

⁷⁰ MUTHÉN/MUTHÉN, *Mplus user's guide* (7th ed.). Los Angeles, CA: Author, 1998-2012.

Tabla I. El nexo entre percepciones de la legitimidad de los funcionarios de prisión y creencias sobre desistimiento ante y post liberación.

	Modelo 1: desistimiento ex-ante			Modelo 2: desistimiento ex-ante			Modelo 3: desistimiento ex-post		
	B	SE	Standard B	B	SE	Standard B	B	SE	Standard B
Legitimidad	-0.13**	0.03	-0.15	-0.10**	0.03	-0.11	-0.09**	0.03	-0.10
Edad	0.00	0.00	0.03	0.00*	0.00	0.05	0.00	0.00	0.03
Mujer	-0.23*	0.05	-0.13	-0.18**	0.05	-0.10	-0.08*	0.04	-0.05
Negros y Minorías Étnicas (BME)	-0.10**	0.04	-0.06	-0.06	0.04	-0.04	0.00	0.04	0.00
Condena por delito (ref: violencia)									
Adquisitivo	0.20**	0.04	0.15	0.13**	0.04	0.09	0.03	0.04	0.02
Droga	0.15**	0.05	0.10	0.12*	0.05	0.08	0.03	0.04	0.02
Robo y uso de vehículo	0.22**	0.08	0.08	0.15	0.08	0.06	-0.04	0.08	-0.01
Otro	0.00	0.04	0.00	0.01	0.04	0.00	-0.01	0.04	0.00
Detalles no disponibles	0.22*	0.11	0.05	0.19	0.11	0.04	0.12	0.10	0.03
Tiempo de condena (ref: menos de 6 meses)									
6 meses-1 año	-0.14	0.10	-0.05	-0.10	0.10	-0.04	-0.09	0.08	-0.05
1 año-18 meses	-0.27**	0.09	-0.15	-0.19*	0.09	-0.11	-0.37**	0.07	-0.21
18 meses-2 años	-0.33**	0.08	-0.22	-0.24**	0.08	-0.16	-0.32**	0.08	-0.22
2 años-3 años	-0.36**	0.09	-0.27	-0.27**	0.09	-0.20	-0.34**	0.07	-0.26
3 años-4 años	-0.31**	0.10	-0.17	-0.21*	0.09	-0.12	-0.35**	0.08	-0.20
Educación (ref: sin educación formal)									
Educación secundaria	-0.09**	0.03	-0.07	-0.07*	0.03	-0.05	-0.04	0.03	-0.03
Bachiller	-0.15**	0.05	-0.08	-0.09	0.05	-0.05	-0.07	0.05	-0.04
Grado o superior	-0.16*	0.06	-0.06	-0.07	0.07	-0.03	-0.05	0.06	-0.02
Otra educación	-0.09	0.07	-0.03	-0.06	0.06	-0.02	-0.12	0.07	-0.04
Abandono de colegio	0.15**	0.03	0.12	0.10**	0.03	0.08	0.11**	0.03	0.09
Expulsión del colegio	0.11**	0.03	0.08	0.04	0.03	0.03	0.04	0.03	0.03
Miembro familiar delincuente	0.13**	0.03	0.10	0.10**	0.03	0.08	0.09**	0.03	0.07
Condiciones de la prisión	-0.05	0.04	-0.04	-0.07*	0.03	-0.07	0.00	0.04	0.00
Tratamiento inicial	-0.02	0.03	-0.02	-0.01	0.03	-0.02	-0.05*	0.02	-0.07
Sin hogar	0.35**	0.11	0.10	0.29**	0.11	0.08	0.26**	0.08	0.07
Uso de sustancias previo a sentencia (ninguno)									
Class A	0.31**	0.05	0.20	0.24**	0.04	0.16	0.30**	0.04	0.20
Class B/C	0.10*	0.04	0.08	0.09*	0.04	0.07	0.13**	0.03	0.10
Muestra de impulso	0.13*	0.06	0.09	0.13**	0.06	0.09	0.06	0.05	0.04
Historial delictivo previo				0.21**	0.02	0.29	0.19**	0.02	0.27
Tamaño de la muestra		2,841			2,841			2,841	
RMSEA/CFI/TLI		.022/.944/.94			.022/.942/.938			.021/.943/.939	

Nota. GCSE = General Certificate of Secondary Education (Educación Secundaria); RMSEA = root mean square error of approximation; CFI = comparative fit index; TLI = Tucker-Lewis index.

*p < .05. **p < .01.

Además del nexo que une legitimidad y creencias en el desistimiento, hay otras características de los reos que también se asocian con mayores tendencias al desistimiento. Las presas y aquellos que tienen una condena más larga de prisión son menos proclives a creer que volverán a reincidir. Los delincuentes jóvenes, condenados con cualificaciones educativas altas, y aquellos que mantienen visiones más favorables de las condiciones de la prisión también son menos propensos a creer que reincidirán, aunque estos efectos son solo evidentes antes de la puesta en libertad. En contraste, aquellos delincuentes que admitieron haber dejado el colegio o que tienen miembros familiares que han sido condenados por un delito son significativamente menos proclives a exhibir tendencias de desistimiento. Las creencias sobre el desistimiento se ven también influidas por factores de riesgo tras la liberación, siendo los drogadictos y aquellos individuos sin techo o que viven en alojamientos temporales menos proclives a pensar que dejarán de delinquir. Aquellos delincuentes con un historial delictivo más extenso son también sustancialmente menos propensos a exhibir tendencias de desistimiento, confirmando así el poderoso efecto que las experiencias previas de delincuencia pueden tener en una futura reincidencia.

Tabla 2. Nexa entre percepciones de legitimidad de los funcionarios y desistimiento post-liberación

	Modelo 4: Nueva sentencia probada		Modelo 5: Nueva sentencia probada		Nueva sentencia probada	
	B	SE	Standard B	B	SE	Standard B
Legitimidad	-0.14*	0.06	-0.08	-0.06	0.06	-0.03
Edad	-0.02**	0.00	-0.13	-0.02**	0.00	-0.12
Mujer	-0.46**	0.10	-0.13	-0.37**	0.10	-0.10
Negro y Minoría Étnica (BME)	-0.04	0.08	-0.01	0.045	0.08	0.01
Condena por delito (ref: violenc.)						
Adquisitivo	0.55**	0.08	0.21	0.34**	0.08	0.12
Droga	0.01	0.09	0.00	-0.06	0.09	-0.02
Robo y uso de vehículo	0.36**	0.13	0.07	0.15	0.13	0.03
Otro	0.14	0.09	0.05	0.10	0.10	0.03
Detalles no disponibles	0.08	0.19	0.01	0.01	0.21	0.00
Tiempo de condena (ref: menos de 6 meses)						
6 meses-1 año	0.09	0.14	0.02	0.20	0.15	0.03
1 año-18 meses	-0.57**	0.14	-0.16	-0.43**	0.15	-0.11
18 meses-2 años	-0.71**	0.14	-0.25	-0.52**	0.14	-0.17
2 años-3 años	-0.66**	0.14	-0.25	-0.47**	0.14	-0.17
3 años-4 años	-0.70**	0.15	-0.20	-0.48**	0.16	-0.12
Educación(ref: sin educación formal)						
Educación Secundaria	-0.06	0.06	-0.02	0.00	0.07	0.00
Bachiller	-0.34**	0.10	-0.09	-0.21*	0.11	-0.05
Grado o superior	-0.28	0.15	-0.05	-0.07	0.16	-0.01
Otra educación	-0.02	0.15	0.00	0.04	0.16	0.01
Abandono de colegio	0.22**	0.06	0.09	0.10	0.06	0.04
Expulsión del colegio	0.27**	0.06	0.11	0.10	0.06	0.04
Miembro familiar delincuente	0.03	0.06	0.01	-0.06	0.06	-0.02
Condiciones de prisión	0.06	0.08	0.02	-0.02	0.09	-0.01
Tratamiento inicial	0.02	0.05	0.01	0.04	0.05	0.02
Sin hogar	0.64**	0.18	0.09	0.49**	0.18	0.06
Uso de sustancias previo a sentencia (ninguno)						
Class A	0.41**	0.08	0.14	0.24*	0.09	0.08
Class B/C	0.11	0.09	0.04	0.07	0.09	0.02
Muestra de impulso	-0.04	0.11	-0.01	-0.04	0.11	-0.01
Historial delictivo previo				0.61**	0.05	0.41
Tamaño de la muestra		2,841			2,841	
RMSEA/CFI/TLI		.025/.945/.939			.025/.943/.937	

Nota. GCSE = General Certificate of Secondary Education (Educación Secundaria Obligatoria); RMSEA = root mean square error of approximation; CFI = comparative fit index; TLI = Tucker-Lewis index // *p < .05. **p < .01.

Centrándonos ahora en el riesgo formal de reincidencia (Tabla 2), identificamos una asociación significativa entre legitimidad y reincidencia en el Modelo 4. Aquí vemos que aquellos delincuentes que mantienen visiones más positivas sobre la legitimidad del personal de prisiones son menos propensos a ser encarcelados de nuevo por un delito en el año posterior a su liberación. Sin embargo, cuando se toma en cuenta el historial delictivo previo (Modelo 5), este efecto ya no es significativo, lo que sugiere que, aunque las percepciones sobre legitimidad pueden tener un papel moderado en la reducción de conductas de reincidencia, ello se ve contrarrestado por el impacto acumulativo de su involucración previa en actividad criminal.

Existen varias características adicionales que también se asocian con una probabilidad reducida de reincidencia, confirmando resultados de investigaciones previas. De acuerdo con creencias más generales sobre desistimiento, la reincidencia es generalmente más baja entre mujeres y aquellos que tienen penas de prisión más largas, y más alta entre aquellos que informaron de uso de drogas desde su puesta en libertad y aquellos sin techo o en alojamientos temporales. Los delincuentes de más edad son también menos proclives a reincidir, mientras que la criminalidad tiende a ser mayor entre aquellos que abandonaron el colegio o fueron expulsados. Cuando se tiene en cuenta el historial delictivo previo (que se asocia fuertemente con la reincidencia), muchos de estos efectos se reducen sustancialmente en magnitud, dejando de ser los efectos de dejar el colegio y haber sido expulsados estadísticamente significativos (además de la legitimidad).

7. Discusión

Diversos estudios previos han identificado el papel que las respuestas procedimentalmente justas pueden tener a la hora de alentar el cumplimiento de la ley entre los delincuentes⁷¹. Este estudio desarrolla estas ideas mediante el examen de la relación entre las percepciones de los presos sobre la legitimidad del personal de prisiones y las actitudes hacia la reincidencia, así como si dichas actitudes se corresponden posteriormente con una menor reincidencia subsiguiente a la puesta en libertad de prisión. Centramos en los que están “en el filo” del sistema de justicia penal, nos da una comprensión importante sobre cómo las ideas de justicia procedimental operan cuando el contacto con las agencias de justicia es intensivo y (en ocasiones) contradictorio.

Muchos estudios empíricos sobre las instituciones penitenciarias han documentado las dificultades que los presos encuentran durante su adaptación a la vida en prisión. Ello incluye una gama de inseguridades físicas y emocionales además de una profunda sensación de impotencia en lo que se refiere a su destino en prisión⁷². El trato negativo a los reos durante su condena puede comunicarles una falta de valor como seres humanos o, en palabras de HANEY «como ‘el tipo de persona’ que merece únicamente la degradación y el estigma a la que han sido sujetos durante su encarcelación»⁷³. En particular, un contacto negativo puede afectar a cómo los delincuentes se conciben a sí mismos, a su valía moral, a la medida en la que perciben tener control sobre su propio futuro, y si pueden dejar atrás una identidad asociada al delito⁷⁴.

En contraste con esta atención a los impactos negativos de la prisión, nuestros datos muestran un vínculo significativo entre las puntuaciones de legitimidad y las intenciones positivas hacia el desistimiento. Aquellos presos que informan de niveles positivos de confianza en y respeto hacia el personal de prisión tienen también una evaluación más favorable de su propio desistimiento antes de su puesta en libertad. Y estas tendencias de desistimiento se mantienen

⁷¹ BERJERSBERGEN/DIRKZWAGER/NIEUWBEERTA, *Criminal Justice and Behavior*, 43, 2016, pp. 63-82; PATERNOSTER/BRAME/BACHMAN/SHERMAN, *Law y Society Review*, 31, 1997, pp. 163-204; PENNER/VILJOEN/DOUGLAS/ROESCH, *Law and Human Behavior*, 38, 2014, pp. 225-237; WALLACE/PAPACHRISTOS/MEARES/FAGAN, *Justice Quarterly*, 33, 2016, pp. 1237-1264.

⁷² HANEY, «The psychological impact of incarceration: Implications for postprison adjustment», En TRAVIS/WAUL (Eds.), *Prisoners once removed*, 2003, pp. 33-66; LISTWAN/SULLIVAN/AGNEW/CULLEN/COLVIN, “The pains of imprisonment revisited: The impact of strain on inmate recidivism”, *Justice Quarterly*, 30, 2013, pp. 144-168.

⁷³ HANEY, «The psychological impact of incarceration: Implications for postprison adjustment», En *Prisoners once removed*, 2003, p.11.

⁷⁴ BOTTOMS/SHAPLAND, Steps towards desistance among male young adult recidivists. En FARRALL/HOUGH/MARUNA/SPARKS (Eds.), *Escape routes: Contemporary perspectives on life after punishment*, pp. 43-77, 2011; MARUNA, *Making good: How ex-convicts reform and rebuild their lives*. 2001; PATERNOSTER/BUSHWAY «Desistance and the “feared self”: Toward an identity theory of criminal desistance», *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 99, 2009, pp. 1103-1156.

cuando son liberados, lo que sugiere un impacto sostenido de la interacción positiva con el personal de prisión. Esto apunta a cómo las autoridades de la prisión pueden ayudar a los presos a reflexionar sobre su actividad delictiva, operando como catalizadores para el cambio de forma similar a lo que GIORDANO *et al.*⁷⁵ llaman «transformación cognitiva».

Pero las conexiones con la reincidencia tras la liberación son más limitadas y contrarrestadas por el efecto acumulativo de la involucración previa en la delincuencia. De hecho, quizás no sea tan sorprendente el hecho de que las percepciones sobre la legitimidad no se traducen automáticamente en un cese *de facto* de la delincuencia tras la liberación. Aunque las prisiones pueden ayudar a *cambiar* a algunos presos, no pueden afectar a las *condiciones* de reingreso al exterior. El tiempo en prisión puede ser productivo para algunos condenados con la formación de una nueva identidad prosocial revisada⁷⁶, pero las complicadas condiciones estructurales fuera de prisión con las que se encuentran los presos limitan la realización de esas intenciones de desistir. Las personas recién liberadas se encuentran con un camino difícil de reingreso, en el que vuelven a hogares en circunstancias similares, o incluso peores, a cuando entraron en prisión. Las oportunidades laborales limitadas, un mayor acceso a drogas, unas redes comunitarias antisociales y conexión con antiguas amistades y recursos económicos limitados juega todo un papel en la reincidencia, incluso entre aquellos que demostraron voluntad de cambio⁷⁷. Este es un mensaje común que permea mucha de la investigación sobre reentrada; a pesar de la devoción personal del preso de «no volver a delinquir» y a recorrer el camino hacia el desistimiento durante su tiempo en prisión, las duras realidades de la vida exterior a menudo contrarrestan dichas voluntades.

⁷⁵ GIORDANO/CERNKOVICH/RUDOLPH, *American Journal of Sociology*, 107, 2002, pp. 990-1064.

⁷⁶ MARUNA, *Making good: How ex-convicts reform and rebuild their lives*. 2001

⁷⁷ NAGIN/CULLEN/JONSON, *Crime and Justice*, 38, 2009, pp. 115-200; TRAVIS, *But they all come back: Facing the challenges of prisoner reentry*, 2005.

8. Bibliografía

BANSE, Rainer *et al.*, «Pro-criminal attitudes, intervention, and recidivism», *Aggression and Violent Behavior*, 18, 2013, pp.673-685.

BERJERSBERGEN, Krin A. *et al.*, «Reoffending after release: Does procedural justice during imprisonment matter?» *Criminal Justice and Behavior*, 43, 2016, pp. 63-82.

BOLLEN, Kenneth. A., *Structural equations with latent variables*. New York, NY: John Wiley, 1989.

BOTTOMS, Anthony/SHAPLAND, Joanna «Steps towards desistance among male young adult recidivists», En FARRALL/HOUGH/MARUNA/SPARKS (Eds.), *Escape routes: Contemporary perspectives on life after punishment*, Abingdon, UK: Routledge, 2011, pp. 43-77.

BOTTOMS, Anthony/TANKEBE, Justice, «Beyond procedural justice: A dialogic approach to legitimacy in criminal justice», *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 102, 2012, pp. 119-170.

BRAITHWAITE, John, *Crime, shame and reintegration*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1989.

BRUNTON-SMITH, Ian, *et al.*, *Surveying Prisoner Crime Reduction (SPCR) using multiple imputation to recover missing data from the SPCR*. London, England: Ministry of Justice, 2014.

BRUNTON-SMITH, Ian/HOPKINS, Kathryn, *The factors associated with proven reoffending following release from prison: Findings from Waves 1 to 3 of SPCR— Results from the Surveying Prisoner Crime Reduction (SPCR) longitudinal cohort study of prisoners*. London, England: Ministry of Justice, 2013.

BRUNTON-SMITH, Ian/MCCARTHY, Daniel, «Prison legitimacy and procedural fairness: A multilevel examination of prisoners in England and Wales». *Justice Quarterly*, 33, 2016, pp. 1029-1054.

CLEARY *et al.* *Surveying Prisoner Crime Reduction (SPCR): Wave 1 (reception) samples 1 and 2 technical Report*. London, England: Ministry of Justice, 2012.

COPAS, John/MARSHALL, Peter, «The offender group reconviction scale: a statistical reconviction score for use by probation officers», *Journal of the Royal Statistical Society: Series C (Applied Statistics)*, 47, 1998, pp. 159-171.

CREWE, Ben, «Soft power in prison: Implications for staff–prisoner relationships, liberty and legitimacy», *European Journal of Criminology*, 8, 2011, pp. 455-468.

FAGAN, Jeffrey/PIQUERO, Alex. R., «Rational choice and developmental influences on recidivism among adolescent felony offenders», *Journal of Empirical Legal Studies*, 4, 2007, pp. 715-748.

FARRALL, Stephen, *Rethinking what works with offenders*. Cullompton, UK: Willan, 2002.

FRANKE, Derrick *et al.* «Legitimacy in corrections», *Criminology and Public Policy*, 9, 2010, pp. 89-117.

GENDREAU, Paul/LITTLE, Tracy/GOGGIN, Claire, «A meta-analysis of the predictors of adult offender recidivism: What works!», *Criminology*, 34, 1996, pp. 575-608.

GIORDANO, Peggy. C *et al.* «Gender, crime and desistance: Toward a theory of cognitive transformation», *American Journal of Sociology*, 107, 2002, pp. 990-1064.

HANEY, Craig, «The psychological impact of incarceration: Implications for postprison adjustment», En TRAVIS/WAUL (Eds.), *Prisoners once removed*, Washington, DC: Urban Institute, 2003, pp. 33-66.

HENDERSON, Howard *et al.* «Evaluating the measurement properties of procedural justice in a correctional setting», *Criminal Justice and Behavior*, 37, 2010, pp. 384-399.

HULLEY, Susie *et al.*, «Respect in prisons: Prisoners' experiences of respect in public and private sector prisons», *Criminology & Criminal Justice*, 12, 2012, pp. 3-23.

JACKSON, Jonathan *et al.*, *Just authority? Trust in the police in England and Wales*. London, England: Routledge, 2012.

LEIBRICH, Julie, *Straight to the point: Angles on giving up crime*. Dunedin, New Zealand: University of Otago Press, 1993.

LIEBLING, Alison, *Prisons and their moral performance: A study of values, quality, and prison life*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2004.

LIEBLING, Alison, «Distinctions and distinctiveness in the work of prison officers: Legitimacy and authority revisited», *European Journal of Criminology*, 8, 2011, pp. 484-499

LISTWAN, Shelley Johnson *et al.*, «The pains of imprisonment revisited: The impact of strain on inmate recidivism», *Justice Quarterly*, 30, 2013, pp. 144-168.

MARUNA, Shadd, *Making good: How ex-convicts reform and rebuild their lives*. Washington, DC: American Psychological Association, 2001.

MAZEROLLE, Lorraine *et al.*, «Shaping citizen perceptions of police legitimacy: A randomized field trial of procedural justice», *Criminology*, 51, 2013, pp. 33-63.

MINISTRY OF JUSTICE, *Proven re-offending statistics quarterly January to December 2014*. London, England: Author, 2016.

MURPHY, Kristina/CHERNEY, Adrian, «Fostering cooperation with the police: How do ethnic minorities in Australia respond to procedural justice-based policing?», *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 44, 2011, pp. 235-257.

MUTHÉN, Linda. K./MUTHÉN, Bengt, *Mplus user's guide* (7th ed.). Los Angeles, CA: Author, 1998-2012.

NAGIN, Daniel. S. *et al.*, «Imprisonment and reoffending», *Crime and Justice*, 38, 2009, pp. 115-200.

PATERNOSTER, Raymond *et al.* «Do fair procedures matter? The effect of procedural justice on spouse assault», *Law & Society Review*, 31, 1997, pp. 163-204.

PATERNOSTER, Raymond/BUSHWAY, Shawn, «Desistance and the “feared self”: Toward an identity theory of criminal desistance», *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 99, 2009, pp. 1103-1156.

PENNER, Erika. K *et al.* «Procedural justice versus risk factors for offending: Predicting recidivism in youth», *Law and Human Behavior*, 38, 2014, pp. 225-237.

PETERSILIA, Joan, *When prisoners come home: Parole and prisoner reentry*. New York, NY: Oxford University Press, 2003.

PIQUERO, Alex. R *et al.* «Developmental trajectories of legal socialization among serious adolescent offenders», *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 96, 2005, pp. 267-298.

REISIG, Michael. D./MESKO, Gorazd, «Procedural justice, legitimacy, and prisoner misconduct», *Psychology, Crime & Law*, 15, 2009, pp. 41-59.

REISIG, Michael. D. *et al.* «Legal cynicism, legitimacy, and criminal offending: The non-confounding effect of low self-control» *Criminal Justice and Behavior*, 38, 2011, pp. 1265-1279.

ROCQUE, Michael *et al.* «Unraveling change: Social bonds and recidivism among released offenders» *Victims & Offenders*, 8, 2013, pp. 209-230.

RUBIN, Donald. B., *Multiple imputation for non-response in surveys*. New York, NY: John Wiley, 1987.

SAMPSON, Robert. J., «Criminal justice processing and the social matrix of adversity», *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 651, 2014, pp. 296-301.

SAMPSON, Robert. J./LAUB, John. H., *Crime in the making: Pathways and turning points through life*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995.

SHAPLAND, Joanna/BOTTOMS, Anthony, «Reflections on social values, offending and desistance among young adult recidivists», *Punishment & Society*, 13, 2011, pp. 256-282.

SHERMAN, Lawrence. W., «Defiance, deterrence, and irrelevance: A theory of the criminal sanction», *Journal of Research in Crime & Delinquency*, 30, 1993, pp. 445-473.

SKOGAN, Wesley. G., «Asymmetry in the impact of encounters with police», *Policing & Society*, 16, 2006, pp. 99-126.

SPARKS, Richards/BOTTOMS, Anthony, «Legitimacy and order in prisons», *British Journal of Sociology*, 46, 1995, pp. 45-62.

STEINER, Benjamin/WOOLDREDGE, John, «Inmate versus environmental effects on prison rule violations» *Criminal Justice and Behavior*, 35, 2008, pp. 438-456.

SUNSHINE, Jason/TYLER, Tom R., «The role of procedural justice and legitimacy in shaping public support for policing», *Law & Society Review*, 37, 2003, pp. 513-548.

TRAVIS, Jeremy, *But they all come back: Facing the challenges of prisoner reentry*. Washington, DC: Urban Institute, 2005.

TYLER, Tom R., *Why people obey the law*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006.

TYLER, Tom R., «Legitimacy in corrections», *Criminology and Public Policy*, 9, 2010, pp. 127-134.

TYLER, Tom R./LIND, Allan. E., «A relational model of authority in groups», *Advances in Experimental Social Psychology*, 25, 1992, pp. 115-192.

WALLACE, Danielle *et al.* (2016). «Desistance and legitimacy: The impact of offender notification meetings on recidivism among high-risk offenders», *Justice Quarterly*, 33, 2016, pp. 1237-1264.

Declaración de conflicto de intereses

Los autores declaran que no hay potenciales conflictos de interés en relación con la investigación, autoría y/o publicación de este artículo.

Financiación

Los autores no han recibido apoyo financiero para la investigación, autoría y/o publicación de este artículo.

Biografía de los autores

Daniel McCarthy es profesor titular en Criminología en la Universidad de Surrey. Sus intereses de investigación actuales incluyen los efectos de la encarcelación sobre el reo y la familia, y en métodos mixtos de investigación.

Ian Brunton-Smith es profesor en el Departamento de Sociología de la Universidad de Warwick. Sus intereses de investigación engloban prisiones y presos, efectos vecinales, metodología estadística e investigación de la opinión pública.

9. Apéndice

Tabla A1. Cargas factoriales para variables latentes

	Loadin g	SE	Standar d estimati e
Legitimidad de los funcionarios			
Un funcionario de prisión me ha ayudado de manera significativa con algún problema	1.00	0.00	0.60
Recibo apoyo de los funcionarios de la prisión cuando lo necesito	1.11	0.04	0.74
Siento que en esta prisión se confía en mí	0.96	0.05	0.64
Los funcionarios de la prisión suelen ser honestos e íntegros	1.04	0.04	0.75
Las relaciones entre presos y funcionarios en esta prisión son buenas	0.99	0.04	0.76
Confío en los funcionarios de esta prisión	1.15	0.05	0.77

Aquí me tratan con humanidad	0.91	0.04	0.73
Personalmente, me llevo bien con los funcionarios de mi módulo	0.73	0.04	0.68
En general, los funcionarios de la prisión me tratan de forma justa	0.84	0.04	0.74
Los funcionarios ayudan a los presos a mantener contacto con sus familiares	0.94	0.05	0.62
Condiciones de prisión			
Se me dan oportunidades adecuadas para mantenerme limpio y adecentado	1.00	0.00	0.79
Se me dan oportunidades adecuadas para mantener mi espacio de vivienda limpio y adecentado	1.08	0.04	0.80
La prisión ofrece instalaciones adecuadas para que yo mantenga un aspecto presentable	0.97	0.04	0.68
Tratamiento inicial			
Cuando ingresé en esta prisión, me sentí cuidado	1.00	0.00	0.73
En los primeros días en la prisión, los funcionarios me trataron como una persona	0.90	0.04	0.67
El proceso de ingreso en esta prisión me ayudó a saber qué esperar exactamente del día a día y cuándo sucede todo	0.82	0.04	0.56
Probabilidad de reincidencia (antes de la liberación)			
Siempre me meteré en problemas	1.00	0.00	0.73
La delincuencia es ahora una forma de vida para mí	1.15	0.04	0.78
De ninguna forma me meteré en problemas con la policía tras mi liberación (codificación inversa)	1.16	0.04	0.69
Si las cosas me van mal, podría volver a delinquir	1.37	0.05	0.77
No volvería a cometer los mismos delitos de nuevo (codificación inversa)	0.98	0.04	0.61
Probabilidad de reincidencia (post liberación)			
Siempre me meteré en problemas	1.00	0.00	0.73
La delincuencia es ahora una forma de vida para mí	1.06	0.03	0.77
De ninguna manera me meteré en problemas con la policía tras mi liberación (codificación inversa)	0.95	0.05	0.57
Si las cosas me van mal, podría volver a delinquir	1.35	0.05	0.77
No volvería a cometer los mismos delitos de nuevo (codificación inversa)	1.02	0.05	0.60

Recensiones:

Recensión a Itziar CASANUEVA SANZ, *La incidencia del consumo de drogas en la imputabilidad*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, 374 páginas, por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

Recensión a Alexander SARCH, *Criminally Ignorant. Why the Law Pretends We Know What We Don't*, Oxford University Press, New York, 2019, XIII + 296 páginas, por Ramon RAGUÉS I VALLÈS

Recensión a Alejandra VERDE, *Encubrimiento, receptación y lavado de activos. Hacia una teoría unitaria de las conductas posdelictuales*, Editorial BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2021, XIV + 322 páginas, por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

-

Itziar Casanueva Sanz, La incidencia del consumo de drogas en la imputabilidad, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, 374 páginas

Pablo Sánchez-Ostiz
Universidad de Navarra
pablosostiz@unav.es

-

Esta monografía recoge los resultados de la que fue tesis doctoral de la autora, defendida en 2013 en la Universidad de Deusto. Su tema: las afectaciones de la imputabilidad como consecuencia del consumo de drogas. Una investigación sobre la culpabilidad, a la vez que un minucioso estudio sobre las sustancias consideradas drogas a estos efectos. No es su propósito describir la relevancia de estas sustancias en otros ámbitos (delitos contra la salud pública, contra la seguridad vial, entre otros), sino el de la relevancia de su consumo sobre la imputabilidad del agente en la comisión de un hecho delictivo. De hecho, no se pronuncia sobre el bien jurídico salud pública, porque no es su objetivo (pp. 56, 62), como tampoco lo son otros aspectos que necesariamente quedan fuera (pp. 272, 279). En este sentido, es una tesis sobre un aspecto de la culpabilidad que exige, en esa medida, una toma de postura sobre esta categoría y su relevancia en la teoría del delito.

La bibliografía empleada es amplia y diversa por contener referencias, en español, jurídico-penales y de ciencias de la salud. Abundan las remisiones a la 5.^a ed. del *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales* (DSM-5, por sus siglas en inglés).

La autora se propone tender puentes con las ciencias de la salud (pp. 139, 259, 309-312, y cap. VI), y puede decirse que ese objetivo preside y recorre toda la publicación. Y se evidencia en su misma estructura, en la que se van imbricando capítulos con enfoques descriptivos y por eso más próximos a las ciencias de la salud (caps. I, IV y VI), con otros más jurídicos y orientados a analizar la categoría de la imputabilidad (II, III y V). A su vez, comienza trazando los conceptos previos, tanto de droga (I) como de culpabilidad e imputabilidad (II), para luego profundizar en el estudio del régimen de la imputabilidad en el código penal español (III) y de las diversas enfermedades y afectaciones posibles (IV), y enfocar entonces la parte constructiva que contiene sus propuestas sobre el tratamiento de los diversos casos (V) y sobre el papel de los peritos en el sistema de imputación de la culpabilidad del agente (VI).

Comienza su investigación (cap. I) con una descripción de las sustancias consideradas «drogas». Tras rechazar la expresión de «drogas tóxicas» (pp. 51, 61, 65, 68, 70), opta por un concepto mixto que combine los elementos tanto formal (de inclusión en alguno de los respectivos listados de estupefacientes o sustancias psicotrópicas: p. 59) como material, que requiere relevancia médico-farmacológica (que afecte al sistema nervioso-central: p. 61) y trascendencia jurídica, por poder poner en peligro en cada caso el bien jurídico. Dicho bien jurídico será la salud pública cuando se trate de delitos de tráfico de sustancias (arts. 368 ss.: p. 72), la seguridad vial (arts. 379 ss.: p. 64) cuando se trate de estos delitos. En cambio, a efectos del art. 20.2, se pronuncia por exigir que la sustancia pueda provocar intoxicación, síndrome de abstinencia o dependencia, «de modo que resulten alteradas las facultades psíquicas del sujeto y ello afecte a su capacidad para

comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión» (p. 67). La distinción conceptual con el alcohol se establece al exigir el elemento formal de inclusión en los listados correspondientes y su composición (p. 69). Con esto queda delimitado el tema de su investigación: la afectación de la imputabilidad por el consumo de drogas, de modo que lo relevante no es tanto la droga como los efectos que produce en la comprensión de la ilicitud o en la actuación conforme a esta.

Como una investigación sobre la imputabilidad no puede pasar sin una toma de postura sobre la culpabilidad y sus fundamentos, afronta esta tarea como premisa inicial (cap. II). Analiza las dos posiciones más amplias al respecto: las concepciones normativas (que reconocen el libre albedrío) y las basadas en la motivabilidad (que prescinden o renuncian a basarse en el libre albedrío). Y llega a la conclusión de que sus fundamentos no son tan opuestos entre sí como podría pensarse inicialmente (pp. 150-152). No se efectúa una posición original o novedosa sobre el fundamento de la culpabilidad y la imputabilidad, o sobre el libre albedrío o su negación, pues no es el objeto de esta investigación. Su posición sobre la imputabilidad es calificada como empírico-normativa y formal (pp. 144-146), que «no se decanta por la existencia del libre albedrío ni por la posición contraria» (p. 145), es de carácter «jurídico, no médico o psiquiátrico, de base psicobiológica» (p. 146). Coherente con este planteamiento, y contando con aportaciones de las ciencias de la salud, en particular de la psicopatología, se describen las posibles influencias sobre las funciones del psiquismo: afectividad, atención, conciencia, inteligencia, memoria, pensamiento, percepción y voluntad (pp. 109-129).

Sobre esta base conceptual, aborda el estudio del régimen de la inimputabilidad en el código penal español, y lo efectúa describiendo los elementos comunes a eximentes y circunstancias modificativas relacionadas con el consumo de drogas (cap. III). Se refiere al concepto de imputabilidad que se contiene en la regulación penal española, y luego se confronta con el adoptado en el capítulo precedente. Así, se describe el contenido de la imputabilidad como capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión (pp. 154-164, y en particular, 165), que se plasma en la fórmula mixta de base patológica (anomalía o alteración psíquica, intoxicación o síndrome de abstinencia) más efecto psicológico (no poder comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión). Concretamente, se refiere a esta fórmula con el calificativo de «psiquiátrico-psicopatológica» (p. 174). Sentadas estas premisas o elementos comunes, CASANUEVA afronta ya el análisis en detalle de los concretos preceptos del código penal español que será objeto de un ulterior capítulo (V). Pero antes de adentrarse en ello, considera oportuno referirse a los trastornos mentales relacionados con las drogas.

Los efectos de las drogas sobre el psiquismo se estudian como trastornos (cap. IV). Efectúa la autora una clara opción por recurrir a las categorías del DSM-5 (p. 189), en el que percibe una «pretensión de universalidad» (p. 190), pero que exige ciertas cautelas (p. 191). Siguiendo la división del DSM-5, clasifica los «trastornos relacionados con sustancias» en dos grupos: los provocados «por consumo» (pp. 193-204: dependencia, y su diagnóstico), y los «inducidos por sustancias» (pp. 204-225: intoxicación, síndrome de abstinencia, entre otros). Así como el capítulo anterior y el siguiente adoptan un enfoque jurídico, ahora se adentra en las aportaciones de las ciencias de la salud, desde donde aspira a delimitar y trazar diferencias terminológicas y conceptuales sobre las que proyectar después su análisis jurídico-penal.

Los concretos preceptos del CP español sobre el tema de esta investigación ocupan un amplio estudio aparte (cap. V), en donde se realiza un detallado análisis de jurisprudencia y doctrina. Se

procede a analizar la eximente de intoxicación (art. 20.2), y seguidamente (por este orden) las de anomalía o alteración psíquica y trastorno mental transitorio (art. 20.1), para pasar después a las circunstancias modificativas atenuantes de eximente incompleta, grave adicción y atenuante analógica. En cada una de estas previsiones legales, y en coherencia con su opción por una fórmula «psiquiátrico-psicopatológica», procede revisando los elementos que dio por sentados como necesarios: el requisito psiquiátrico o de base, el efecto psicopatológico en la percepción y decisión, más la coincidencia temporal y la exigencia de conexión de sentido con el delito cometido. Se añade en cada caso, la posible operatividad de la doctrina de la *actio libera in causa*.

Finalmente, se cierra la investigación (cap. VI) con una breve referencia a las diversas tareas de los peritos y de los órganos judiciales en el análisis de la imputabilidad, su disminución y su ausencia. Se culmina así su aspiración de tender puentes entre ambos sectores del saber, las ciencias de la salud y el Derecho penal, lo cual exige también delimitar las competencias materiales y metodológicas de cada una de ellas.

El estudio que lleva a cabo CASANUEVA en esta monografía es profundo, serio y además útil. Ofrece al lector penalista información muy valiosa sobre las sustancias en cuestión, así como sobre las patologías que pueden producir, y desde ahí, acerca de su relevancia en la imputabilidad. Incluso podría verse, a la inversa, como una aportación al no jurista sobre las implicaciones jurídico-penales que produce el consumo de drogas.

Su detallado estudio invita a efectuar alguna reflexión sobre el contenido y elementos de la imputabilidad. Así, es preciso diferenciar la faceta material de la sustancia considerada droga y la de sus efectos. Aquí, la autora procede correctamente, a mi modo de ver: una cosa es la materialidad de la sustancia que se considera droga y cuáles sean los criterios empleados para considerar tal a una sustancia, y otra, la de sus efectos en la imputabilidad, y por tanto en la culpabilidad. Como bien se distingue y precisa (cap. III), la base común de las eximentes referidas a la imputabilidad es la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y la capacidad de actuar conforme a tal comprensión, por emplear la terminología del código penal español, y que la autora sigue. Sin embargo, da la impresión de que, desde hace años, la doctrina penal viene dando entidad a la categoría de la imputabilidad para ubicar cómodamente ahí las situaciones patológicas e intoxicaciones, como si fuera un paso previo y necesario para la culpabilidad, y sin necesidad de profundizar en su función. La inexigibilidad, por su lado, junto con el conocimiento de la antijuridicidad, fueron adquiriendo entidad propia –mayor o menor, pero propia–, como una cuestión casi marginal de la culpabilidad. Si a esto añadimos que el codificador penal español ha ido evolucionando en sus previsiones legales para añadir nuevas situaciones (error de prohibición, intoxicaciones, síndrome de abstinencia, alteración de la percepción...), parece que la culpabilidad queda como una amalgama de requisitos para colmar las exigencias de la imputación de responsabilidad. Se perdería así de vista la clave de la culpabilidad, que reside en la capacidad (con unas u otras expresiones) de percibir el sentido de la ilicitud de lo que se lleva a cabo, y la voluntariedad de seguir en el caso concreto la norma percibida. Hay en el fondo, a mi modo de ver, una común referencia a alguna de estas dos categorías básicas como son el componente cognitivo (comprender) y volitivo (voluntariedad), a las que hay que añadir la no menos importante relevancia de las consideraciones preventivas. El detallado estudio que efectúa CASANUEVA sobre las funciones del psiquismo (cap. II), podría reconducirse a fin de cuentas a su influjo en la comprensión (atención, conciencia, inteligencia, memoria, pensamiento y percepción) o en la voluntariedad (afectividad y voluntad), como me parece identificable a lo largo de su exposición. Esto no pretende quitar valor a la distinción de las diversas funciones, ni negar lo conveniente que es analizar la relevancia de la afectividad sobre

la motivación del agente (tarea esta última que merecería un estudio separado). Pretendo únicamente poner de relieve cómo los avances de las ciencias de la salud (psíquica y psicológica) aportan luces, sin duda, pero han de acabar siendo «procesados» con las categorías jurídico-penales. Y entre estas, fundamentalmente, las que sirven de base a la culpabilidad. Es más, comprensión de la ilicitud y capacidad de seguir esa comprensión servirían de base igualmente a los otros dos elementos de la culpabilidad (conocimiento de la norma e inexigibilidad de otra conducta, respectivamente). Aparte, como ya se ha dicho, las necesidades preventivas. Por eso, entiendo que la imputabilidad opera en los códigos penales como un conjunto de tópicos que agrupa patologías y situaciones de intoxicación y relacionadas, pero que pueden hacer perder de vista lo esencial en la culpabilidad: la comprensión de la ilicitud y la capacidad de seguir esa comprensión.

En relación con esto último, entiendo que al tener en cuenta las categorías y criterios psiquiátrico-psicopatológicos se nos presenta un riesgo; y es el de acabar *subsumiendo* la situación fáctica en una descripción médica (por ejemplo, en pp. 171, 177, 189, 236, 245, 252). En la medida en que eso suponga pasar por alto la peculiar fisonomía del modo de proceder jurídico, pienso que sería algo a prevenir. La autora parece anticiparlo (p. 292) cuando se separa de lo que pueda estar establecido en el DSM-5, para ver la imputabilidad con los ojos propios del Derecho penal.

Por lo demás, en el contexto de rigor y seriedad de su estudio, pienso que hay algunos temas que quedan menos tratados o dejados de lado intencionalmente, pero de los que sería preciso ocuparse. Ciertamente, no es razonable un análisis de detalle de todas y cada una de las implicaciones, pero hay algunas que, a mi juicio, deberían tratarse. Me refiero en concreto a la posible incidencia del consumo de drogas, «más acá» de la imputabilidad, en el dolo. CASANUEVA menciona en alguna ocasión esta problemática, cuando se cuestiona si «un sujeto inimputable puede actuar dolosamente» (p. 182; también, en p. 186, n. 122), pero no entra a tratarla por exceder de los objetivos de su investigación. Igualmente, pienso que procedería cuestionarse la incidencia del consumo en el error sobre la antijuridicidad de la conducta, o sobre la inexigibilidad (se menciona en p. 282). Hubiera sido también interesante una referencia a las medidas de seguridad aplicables en estos casos, pero es comprensible que su abordaje excedería con mucho de los fines de esta monografía.

Con independencia de estas consideraciones, queda fuera de toda duda el valor de la aportación de CASANUEVA al tema de los efectos del consumo de drogas en la culpabilidad y en particular la imputabilidad. Comparto con la autora la convicción de que lo físico y lo psíquico están «íntimamente relacionados», o que operan «como una unidad» (p. 172). Y es eso precisamente una de las dificultades para la comprensión de esta materia. Su aportación en este sentido resulta de gran ayuda al penalista. Hay que agradecer a la autora la amplitud de su estudio, el rigor con el que lo lleva a cabo, y el valor de tender puentes con las ciencias de la salud, sin abandonar la perspectiva propia del Derecho penal.

InDret

4.2021

Alexander Sarch, Criminally Ignorant. Why the Law Pretends We Know What We Don't, Oxford University Press, New York, 2019, XIII + 296 páginas

Ramon Ragués i Vallès
 Universitat Pompeu Fabra
 ramon.ragues@upf.edu

-

La discusión académica angloamericana sobre la llamada doctrina de la ignorancia (o ceguera) deliberada (*willful blindness*) se había desarrollado hasta la fecha a través de diversos artículos. Sin embargo, en lo que se alcanza no existía una monografía en lengua inglesa que analizara extensamente y de manera exclusiva esta cuestión hasta la publicación en 2019 de la presente obra: *Criminally Ignorant. Why the Law Pretends We Know What We Don't* a cargo del profesor estadounidense Alexander SARCH, actualmente en la Universidad británica de Surrey. Esta obra supone, no solo una puesta al día del debate sobre esta polémica institución, sino su análisis más exhaustivo hasta el momento.

Ya en la introducción del libro el autor pone de manifiesto cómo, a su juicio, para poder ofrecer un concepto aceptable de ignorancia deliberada es necesario profundizar en el fundamento teórico de esta construcción, a saber, la tesis de la culpabilidad equivalente propuesta en su día por Douglas HUSAK y Craig CALLENDER (*equal culpability thesis*). Según este planteamiento, hay determinadas situaciones de ignorancia del sujeto activo respecto de las características o consecuencias de su propio comportamiento que presentan la misma gravedad, en términos de responsabilidad moral, que los casos de pleno conocimiento. Ello supone una excepción a la regla general de que quien sabe lo que hace tiene siempre una mayor responsabilidad que quien no cuenta con tal conocimiento (p. 2).

En la primera sección introductoria del libro se ofrecen al lector las nociones básicas sobre el sistema de imputación subjetiva dominante en los Estados Unidos, que está basado, por influencia del *Model Penal Code* (1962), en la cuatripartición entre propósito, conocimiento, temeridad y negligencia (*purpose, knowledge, recklessness* y *negligence*). La teoría de la ignorancia deliberada establece resumidamente que, para el Derecho penal, es tan culpable quien sabe lo que está haciendo como quien lo desconoce por no haber querido obtener tal conocimiento. Un planteamiento que nace a mediados del siglo XIX en Inglaterra, que a finales de aquel mismo siglo fue asumido en los Estados Unidos por el Tribunal Supremo y que en este país empieza a emplearse de manera muy frecuente a partir de la década de 1960 en acusaciones por tráfico de drogas. En una sentencia de 2011 (*Global-Tech Appliances Inc. et al. versus SEB S.A.*) dicho Tribunal confirmó el pleno vigor de la figura, aun no estando expresamente reconocida en aquellos códigos estatales basados en el *Model Penal Code*, ni tampoco en la legislación federal.

Es importante precisar en este punto dos premisas de las que se parte en la discusión angloamericana para entender los ulteriores argumentos del autor: (1) El mayor grado de responsabilidad que se observa en los casos de conocimiento (*knowledge*) respecto de los supuestos de temeridad (*recklessness*) y negligencia (*negligence*); y (2) La definición del

«conocimiento», en tanto que forma de imputación subjetiva (*mens rea*), como la práctica seguridad del acusado respecto de la concurrencia en su conducta de un determinado elemento del hecho delictivo (*actus reus*). Esta perspectiva implica que, en delitos como la posesión de droga, que requieren que el sujeto obre con conocimiento (*knowingly*), no baste con actuar temerariamente (*recklessness*) para la comisión del ilícito penal. Como se expone en el libro: «la doctrina de la ignorancia deliberada se concreta en la regla según la cual los jurados pueden condenar a un acusado en un delito que requiere conocimiento cuando ha actuado como ignorante intencionado respecto de la proposición inculpatória» (p. 12). Estas primeras puntualizaciones son especialmente relevantes para comprender el papel que la ignorancia deliberada desempeña en los sistemas angloamericanos, en los que no existe algo parecido al dolo eventual, esto es, una figura que equipare a todos los efectos el conocimiento seguro de un hecho ilícito con la representación de la posible (pero no segura) concurrencia de un elemento del tipo.

Partiendo de esta base, SARCH precisa que, en su modalidad básica, la presente figura se concibe mayoritariamente así: «para ser ignorante deliberado de una proposición inculpatória p (que se tiene por verdadera) una persona debe: (1) Tener sospechas lo bastante serias de que p es verdadera (por ejemplo, creer que existe una probabilidad suficientemente alta de que p sea verdad, casi certeza absoluta) y (2) deliberadamente (y no solo negligente o temerariamente) dejar de dar aquellos pasos a su alcance para conocer con mayor certeza si p es realmente verdadera» (p. 18). Esto significa, como el autor reconoce (p. 19), que, de acuerdo con esta definición, quien obra en ignorancia deliberada es, como mínimo, alguien que actúa con temeridad (*recklessness*). En todo caso la duda es si hay que ir más allá y debe equipararse su castigo con el de quien obra con pleno conocimiento.

Antes de profundizar en la respuesta a semejante cuestión, el autor considera necesario dedicar un extenso segundo capítulo a exponer qué es, a su juicio, la culpabilidad penal, un paso previo ineludible para abordar, después, la teoría de la culpabilidad equivalente. Según el concepto descriptivo-normativo del que dice partir SARCH, una persona es culpable de una acción en la medida en que manifiesta una insuficiente consideración (o, expresado de manera más sencilla, incurre en una falta de respeto) por los intereses ajenos protegidos por la ley o, de modo más general, por los valores legalmente protegidos (p. 28). Desde el punto de vista de SARCH, no basta con que esta desconsideración esté presente en el fuero interno de una persona, sino que es necesario que se manifieste en la conducta realizada. De manera más concreta, su teoría de la culpabilidad (p. 44 ss.) se construye sobre dos criterios: (1) la culpabilidad requiere que la falta de consideración sea la causa de la conducta del sujeto (p. 46 ss.); y (2) el grado cuantitativo de desconsideración que se manifiesta en el hecho es totalmente independiente de la desconsideración que el sujeto alberga internamente. Desde su perspectiva (p. 46), lo que pretende el Derecho penal no es impedir que alguien carezca internamente de la consideración necesaria respecto de los intereses ajenos, sino evitar que esta falta de respeto se manifieste en su conducta, lo que acontece cuando falla el «mecanismo de repulsión» que debería haber llevado al acusado a evitar la conducta prohibida.

Partiendo de estas premisas, la siguiente cuestión que se plantea SARCH es el criterio para precisar cuál es el grado de falta de consideración que se manifiesta en una conducta (p. 50). A su juicio, la clave está en determinar el nivel de desviación del concreto acusado respecto del modelo de ciudadano fiel al Derecho (*law-abiding citizen*), es decir, aquel sujeto ideal que, tras ponderar adecuadamente las razones legislativas para omitir o realizar una determinada acción, habría omitido su comportamiento (p. 52). Este grado de desviación es mínimo en los casos de

negligencia y, en cambio, mucho mayor en los supuestos de intención (p. 55). Una tesis que recuerda mucho a los planteamientos de JAKOBS, cuando este autor señala que las razones de la diferencia de trato entre el hecho doloso y el culposo están en el mayor déficit de motivación que se advierte en el primero.

Una vez expuesta su teoría de la culpabilidad, a partir del tercer capítulo Alexander SARCH pasa a centrarse en la figura de la ignorancia deliberada y en su fundamento, esto es, en la citada teoría de la culpabilidad equivalente. De entrada, descarta el autor que pudiera aceptarse una teoría que equiparase todos los supuestos de desconocimiento deliberado con las situaciones de conocimiento efectivo (p. 87 ss.): por ejemplo, en aquellas circunstancias en las que salir de la ignorancia es especialmente costoso o peligroso para el sujeto, o cuando este tiene el deber profesional o ético de no investigar (por ejemplo, un abogado que piensa que su cliente no le está diciendo toda la verdad). En otras palabras, cuando el sujeto tiene buenas razones para no profundizar en sus sospechas, intuitivamente no parece aceptable sostener que concurre el mismo grado de culpabilidad que en quien tiene perfecto conocimiento de lo que está haciendo (p. 91). Sin embargo, a SARCH no le convencen los intentos de restricción efectuados hasta la fecha en la doctrina: ni el basado en los motivos; ni el que parte de una aproximación contrafactual; ni tampoco el que considera determinante una eventual justificación de los motivos para permanecer en la ignorancia.

Una vez expuestas las razones por las que se considera insatisfactorio el estado de la cuestión, el autor pasa a exponer su propuesta personal para restringir los efectos de la teoría de la culpabilidad equivalente a aquellos supuestos en los que, desde su punto de vista, la ignorancia presenta *mutatis mutandis* la misma gravedad que el conocimiento. A su juicio, «la ignorancia deliberada supone la infracción del *deber de informarse razonablemente* y la teoría de la culpabilidad equivalente entra en juego cuando alguien infringe dicho deber *de modo suficientemente grave* antes de llevar a cabo el *actus reus*» (p. 109, cursiva en el original).

Según se expone a lo largo del presente capítulo, debe considerarse más culpable al sujeto que infringe su deber de informarse siendo consciente de la posibilidad de obtener más información que a quien realiza la conducta prohibida siendo consciente de que esta supone un riesgo, pero sin contar con dicha posibilidad de informarse mejor (p. 117). Mientras este último actúa con *recklessness*, en el caso del primero se observa una mayor culpabilidad derivada de la *pérdida de dos posibilidades de evitar la conducta prohibida*: la primera, al omitir la obtención de información; y la segunda, al realizar la conducta ilícita. En sus propias palabras: «infringir el deber de informarse y llevar a cabo la acción peligrosa es más culpable que llevar a cabo dicha acción cuando no hay opción de informarse».

Para que se observe la equivalencia de culpabilidad es necesario que la infracción del deber de informarse se produzca de manera consciente o intencionada y sin que existan razones que la justifiquen (p. 126). Según el autor, la adición de ambos componentes a los efectos de determinar la culpabilidad –infracción del deber de informarse y realización con *recklessness* del *actus reus* (p. 129)– es posible en la medida en que forman parte de un curso unitario de conducta y son parte de un mismo proceso deliberativo y motivacional. Más adelante expone SARCH (p. 168) cómo, a su juicio, en el caso de concurrencia de estos dos elementos se expresa la misma desconsideración hacia los intereses, derechos y valores protegidos por la ley que en los casos de actuación con conocimiento, lo que justifica su idéntico tratamiento. Más complicada es la cuestión de la existencia o no de razones justificantes de la ignorancia, un concepto de difícil concreción y seguramente uno de los puntos más débiles de su teoría.

Una vez expuestas estas premisas conceptuales, ciertamente abstractas, el autor trata de extraer de ellas instrucciones fácilmente comprensibles para los miembros de los tribunales del jurado (p. 132 y ss.). En concreto, propone literalmente la siguiente instrucción (p. 135): «*puede considerarse probado que el acusado actuó con conocimiento si se concluye, más allá de toda duda razonable, que (a) el acusado sospechaba [que los hechos incriminatorios podían concurrir], pero (b) se abstuvo de obtener más información sobre si sus sospechas eran ciertas, aun cuando (c) podía obtenerla y (d) no era consciente de que concurriera ninguna circunstancia que pudiera justificar su decisión de ignorar la verdad (como una grave dificultad o peligro propio o ajeno en caso de investigar o conflictos con deberes importantes)*».

Tras dedicar el capítulo 5 del trabajo a exponer las razones por las que considera que, por lo menos en los sistemas angloamericanos, su planteamiento es ya aplicable sin necesidad de una reforma legal, el autor pasa a dar respuesta a cuestiones concretas que derivan de su propuesta personal. Así, se ocupa de exponer los motivos por los que, a su juicio, una infracción temeraria (*recklessly*) del deber de informarse puede dar lugar a una situación de ignorancia deliberada (o, más correcto, «*reckless ignorance*») equiparable en términos de culpabilidad al conocimiento, una posibilidad que el autor considera especialmente relevante para condenar a asesores jurídicos, económicos o contables en casos de cooperación al fraude de las empresas con las que colaboran tales profesionales (capítulo 6), si bien con la exigencia en estos supuestos de que las infracciones del deber de (auto)informarse no sean puntuales, sino reiteradas, para que pueda observarse el mismo grado de culpabilidad.

En sentido opuesto, en el capítulo 7 el autor rechaza que la doctrina de la ignorancia deliberada baste para sustituir el propósito (*purpose*) en aquellas infracciones que lo requieren, algo que en la práctica estadounidense ha resultado polémico a propósito de figuras delictivas como la conspiración. Finalmente, en cuanto a la responsabilidad de personas físicas resulta sumamente interesante el capítulo 8, donde SARCH aborda el tratamiento de aquellos casos en los que el acusado no ha llegado a plantearse siquiera que su conducta pudiera ser constitutiva de delito porque ha cegado aquellas fuentes de información que le habrían permitido conocer el concreto riesgo que estaba generando con su hecho. A su juicio, si bien en estos supuestos la ignorancia deliberada no puede equipararse al conocimiento, sí puede situarse al mismo nivel de culpabilidad que la *recklessness* en aquellos casos en los que el sujeto conoce que lo que está haciendo es, en general, gravemente peligroso y, sin embargo, decide vulnerar su deber de informarse acerca de qué concreto riesgo está creando. Según se defiende en el libro, en estos casos se manifiesta un nivel de desconsideración hacia los intereses protegidos equivalente al de los casos de *recklessness* (p. 224 ss.).

Finalmente, el último y extenso capítulo se dedica a la posibilidad de apreciar ignorancia deliberada en el caso de personas jurídicas. A tal efecto el autor asume como acertada la «teoría del conocimiento colectivo», que una parte de la doctrina y de la jurisprudencia, aunque ni mucho menos mayoritarias, exigen para castigar a las entidades jurídicas por delitos que requieren conocimiento (p. 243). Desde su perspectiva (p. 250), «compartimentar la información dentro de la compañía para que los empleados permanezcan a oscuras puede hacer a la corporación tan culpable como si hubiera actuado pese a tener sus empleados un pleno conocimiento».

Desde su punto de vista, existe ignorancia deliberada corporativa –equiparable a dicho conocimiento– cuando uno de los empleados de la empresa impide que él mismo u otros empleados de la propia compañía adquieran el conocimiento que deberían tener (p. 231). En

particular, el autor subraya que la infracción del deber de un empleado de informar razonablemente a otros respecto de la posibilidad de realizar una conducta prohibida manifiesta –en términos de culpabilidad corporativa– la misma desconsideración hacia los intereses protegidos legalmente que la vulneración del deber de informarse al que se ha aludido anteriormente. Esta situación se da especialmente en aquellos casos a los que SARCH se refiere como «interferencias de los órganos directivos en el flujo natural de la información» dentro de la empresa que impiden que los empleados estén correctamente informados (pp. 255-256).

El autor concluye su trabajo constatando cómo su propuesta amplía la doctrina tradicional de la ignorancia deliberada en unos casos y la restringe en otros (pp. 263-266) y añade que, si una conclusión quiere que se extraiga de su libro, es que «la atribución de culpabilidad equivalente es un instrumento judicial valioso y defendible, pero una herramienta especialmente poderosa que debe emplearse con sumo cuidado y dentro de unos estrictos límites para evitar el injusto castigo de personas más allá de lo que estas merecen» (p. 266).

Como se adelantaba en las primeras páginas, el libro de Alexander SARCH supone el estudio más exhaustivo publicado hasta la fecha en lengua inglesa sobre la ignorancia deliberada. Sin embargo, no todo lo que se afirma en esta obra es directamente aprovechable para los sistemas continentales, que están basados en un modelo bipartito de imputación subjetiva (dolo / imprudencia), en el que todas las formas de dolo (intención, representación como segura o representación del riesgo) se encuentran, en principio, equiparadas en cuanto a sus consecuencias. No en vano, la idéntica culpabilidad en los casos de conocimiento (certeza) y la mayoría de supuestos de ignorancia deliberada (representación del riesgo) que SARCH justifica en su texto es algo que ya se da por hecho en tales sistemas, en los que el dolo eventual y el dolo directo de consecuencias necesarias reciben el mismo tratamiento.

Ello no significa, no obstante, que el texto no aporte elementos de gran interés para un lector cuyo principal foco de atención sean los ordenamientos del *civil law*. Así, por ejemplo, la distinción entre casos de *recklessness* simple y de *recklessness* basada en una previa vulneración consciente o intencionada del deber de informarse –que SARCH considera más culpables– puede ser relevante, como factor de graduación de la intensidad de la pena, también en los supuestos de dolo eventual. Con arreglo a esta tesis, a efectos de graduar la culpabilidad del sujeto no solo debería atenderse al saldo final de sus conocimientos sobre la posible concurrencia de los elementos típicos, sino a la posibilidad o no de haber obtenido antes mayor información al respecto.

Particularmente interesante para el «lector continental» es el capítulo 8, donde se fundamenta la necesidad de equiparar con los casos de *recklessness* aquellos supuestos en los que el sujeto ciega las fuentes de información sobre los riesgos asociados a su conducta, en una estructura muy parecida a los casos denominados de «ignorancia deliberada *stricto sensu*», que resultan problemáticos también en los sistemas bipartitos por no llegar a darse el mínimo conocimiento necesario para sostener la existencia de dolo eventual. Asimismo, las consideraciones sobre una posible ignorancia deliberada corporativa son sumamente relevantes para la tarea –todavía pendiente– de perfilar un sistema de imputación subjetiva –o un modelo análogo– trasladable a personas jurídicas.

Finalmente, entre los méritos del texto conviene destacar también la envidiable claridad con la que está escrito pese a la complejidad de algunas de sus ideas, así como el esfuerzo del autor por lograr que, incluso las más abstractas de sus propuestas, sean trasladables a la práctica judicial y

resulten comprensibles para los jurados. Entre los puntos negativos, en cambio, no puede soslayarse el que se ignoren por completo todas las propuestas teóricas, sobre esta materia o afines, ajenas al ámbito angloamericano. Aunque no sea nada nuevo, es triste constatar cómo en la ciencia penal todavía las barreras idiomáticas propician el desarrollo en paralelo de varios debates sobre cuestiones que son idénticas. Los planteamientos de SARCH sobre la culpabilidad y el desconocimiento intencionado coinciden en buena medida con las de autores que escriben en otras lenguas, cuyas aportaciones podrían haber resultado muy aprovechables.

En todo caso, con sus numerosas virtudes y sus concretos déficits, la presente obra será un punto de referencia ineludible para quien, en los próximos años, pretenda conocer a fondo el debate sobre la teoría de la ignorancia deliberada y sumarse a él con nuevas propuestas.

Alejandra Verde, Encubrimiento, receptación y lavado de activos. Hacia una teoría unitaria de las conductas posdelictuales, Editorial BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2021, XIV + 322 páginas

Pablo Sánchez-Ostiz
Universidad de Navarra
pablosostiz@unav.es

-

Este libro reúne trabajos de la autora, aparecidos en diversas publicaciones entre 2015 y 2020, que guardan unidad con la temática de la que fue su tesis doctoral y que vio la luz recientemente como monografía: *La receptación como delito contra el mercado formal. Delimitación con el encubrimiento. Delito posterior copenado*, Madrid, Marcial Pons, 2019 (ver GILI PASCUAL, *InDret Penal* 2/2020, 622-626). El conjunto de ambas obras es una relevante aportación sobre el tema de las conductas posdelictivas, del que viene ocupándose desde hace tiempo Alejandra VERDE, doctora en Derecho penal por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

La obra comienza presentando el sentido de esta publicación (Introducción), y siguen los siete capítulos que la componen, y que concluyen con una relación bibliográfica conjunta. No faltan las oportunas adaptaciones de los textos aquí reunidos, con el fin de coordinarlos y enlazarlos en esta nueva edición, que no sigue el orden de su aparición temporal, sino el de la coherencia y conexión internas. A pesar de la pretensión de no ser exhaustiva en el tratamiento o exposición de todos los problemas (pp. 4, 47), no es menos amplio en cuanto al número de cuestiones ni menos profundo por el nivel de exposición y crítica.

La parte nuclear es la conformada por el cap. III, dirigido a exponer su visión de la receptación como delito contra el mercado formal, y que es un apretado resumen del contenido de su tesis (p. 115, nota). Esta parte nuclear se halla flanqueada por dos grupos de capítulos: por un lado, los caps. I y II, sobre la exigencia conceptual del delito previo, y sobre las modalidades de favorecimiento, respectivamente; y por otro, los caps. IV y V, dedicados a sendas cuestiones de detalle sobre el autolavado y la «receptación intermedia» como conducta de lavado de capitales. Finalmente, los caps. VI y VII, abordan «cuestiones procesales y problemas de parte general» (p. 224).

El cap. I («El delito previo en las conductas posdelictuales») expone una cuestión común a este grupo de infracciones, como es el requisito del delito previo, el cual ha de revestir el carácter de «ilícito», en cuanto acción típica y antijurídica, haber comenzado antes del posterior, ser abarcado al menos con dolo eventual, y que se constituye como elemento normativo para el tipo del posdelictual (de modo que un error sobre la antijuridicidad del previo afectará al tipo del posterior). Sigue el cap. II («Favorecimiento real y personal. Bases para una delimitación adecuada entre encubrimiento, lavado de activos y receptación») en el que se afronta la tarea de identificar el bien jurídico protegido por los delitos de favorecimiento real y personal. Tras un análisis profundo y amplio de la bibliografía alemana al respecto, y más allá de la concreta letra de la ley (StGB, CP argentino, CP español), la autora se pronuncia por situar el bien jurídico en unas realidades que, a su juicio, permiten una mejor interpretación de los tipos actuales, así

como aconsejar una posible reformulación. Así, el favorecimiento real «dificulta u obstaculiza el decomiso de las cosas ilícitamente obtenidas» (p. 69), mientras que el personal se dirige a «proteger al autor o al partícipe de un delito anterior de la actuación de la administración de justicia o de prevención orientada a la investigación de ese hecho y de su participación en aquel, para frustrar o, al menos, demorar o dificultar la realización de la pretensión penal estatal dirigida a la imposición de una sanción o de una medida de seguridad»: pp. 72-73); de manera que concluye: se trata de garantizar «que el Estado, por medio de los órganos creados para castigar a los delincuentes, pueda realizar el fin del derecho penal» (p. 75), de modo que se protege «el ejercicio o la materialización del *ius puniendi* estatal» (p. 75; cfr. también 99-101, 198, 219). La discriminación entre uno y otro favorecimiento puede llevarse a cabo mediante el recurso a la intención del agente, y puede dar lugar a concurso de delitos (p. 70). Esta visión, que se adecua relativamente bien a los §§ 257 (Begünstigung) y 258 (Strafvereitelung), lleva a proponer una interpretación de los preceptos legales argentinos y españoles del favorecimiento personal y real, así como a una reconstrucción de la regulación de *lege ferenda*.

Se llega así al capítulo nuclear, el III («Receptación, no encubrimiento. Un delito contra el mercado formal»). Su posición más destacable me parece la del bien jurídico protegido por el delito de receptación. Previamente, ha indicado que el comportamiento que la doctrina argentina designa como tal es, en realidad, favorecimiento real (p. 103). Hecha esta precisión, critica y rechaza la teoría de la perpetuación, así como que el bien jurídico se sitúe en el patrimonio de la víctima, la tutela de la Administración de Justicia o la vigencia del Derecho. Y formula: «la receptación pone en peligro abstracto el mercado formal de la clase de cosas que han sido objeto de este delito, porque vulnera las legítimas expectativas de los ciudadanos apegados a las normas y de los comerciantes legales» (p. 167). La autora se propone localizar un contenido material del delito que tenga carácter moral, que lo identifique como malo en sí mismo; y lo sitúa en que resulta inmoral aprovecharse del sufrimiento de otro para obtener una ventaja económica, que es lo que se produce a la víctima del delito previo mediante el delito de receptación (pp. 150-155, 158, 166), que por eso mismo ha de exigir ánimo de lucro (aunque en el CP arg. para el tipo agravado: pp. 162-164). A partir de este punto de partida, restringe el ámbito del tipo a conductas que recaigan sobre cosas ya existentes antes del delito previo (p. 157), propone considerar atípica la «receptación del subrogante» o sustitutiva (p. 158), y considera correcto excluir del tipo la autoreceptación (pp. 159-162).

Siguen dos capítulos sobre aspectos concretos del delito de lavado de capitales a raíz de la particular regulación argentina (2011). Por un lado, en el cap. IV, se plantea qué naturaleza presenta el lavado realizado por el propio autor previo: «¿Es el autolavado de dinero un delito posterior copenado?», pregunta que responde negativamente, porque la conducta atenta contra un bien jurídico diverso, por lo que no se da *bis in idem* (p. 204). En efecto, rechazada también aquí la teoría de la perpetuación (pp. 194-195), el lavado crea una situación antijurídica nueva (p. 196), pues «vulnera la actividad de la administración de justicia consistente en recuperar, secuestrar o decomisar los bienes o el dinero provenientes de los delitos» (p. 198), para concluir que puede verse como una «forma agravada de favorecimiento real» (*ibidem*). Por otro lado, en el cap. V («La ‘receptación intermedia’ como forma de lavado de dinero: ¿un tipo penal redundante?») se cuestiona la oportunidad de definir, como modalidad de lavado, la conducta de *recibir* bienes de origen ilícito penal *para* aplicarlos a operaciones que aporten apariencia de licitud, y concluye que se trata de una conducta que ya se hallaba definida como receptación, y prevista con la misma pena (pp. 218-219).

En la parte final aborda dos temas adicionales, pero no menos importantes. Primero, en el cap. VI («La subsunción alternativa en la condena [*Wahlfeststellung*]: Examen de su legitimidad constitucional»), una cuestión que parece de carácter procesal, pero con implicaciones materiales y de teoría de la interpretación y aplicación del Derecho. Ahí se expone cómo este modo de proceder de la determinación o subsunción alternativa –dar por aplicable un precepto cuando se sabe que se ha cometido uno de dos delitos, pero sin certeza sobre cuál de los dos– carece de regulación expresa, pero se halla muy extendido y teorizado en la doctrina alemana, aunque mucho menos en la española y argentina. A su modo de ver, y tras un análisis profundo de la doctrina alemana, resulta inconstitucional, por ser contrario al principio de legalidad (p. 266), a la presunción de inocencia –*in dubio pro reo*– (pp. 269-270), así como al derecho de defensa (p. 272). Finalmente, en el cap. VII («Delito previo y culpabilidad»), se aborda la relación entre las conductas posdelictuales y la culpabilidad del agente del delito previo. Y lo lleva a cabo a propósito del planteamiento de M. Pawlik sobre el *injusto del ciudadano*. Con esta oportunidad, analiza de nuevo su visión de los delitos posdelictuales, para concluir que sigue siendo preciso, ajustado a la letra de la ley, como también valorativamente correcto, contar con la antijuridicidad del delito previo, pero no con la culpabilidad de su agente, la cual debe seguir siendo deslindable. Con esto, propone una nueva razón para mantener separados injusto y culpabilidad.

La publicación de este segundo libro de Alejandra VERDE sobre la temática de los comportamientos posdelictuales supone una amplia y profunda contribución a un tema en el que persisten todavía no pocas incógnitas. Y que ella ha afrontado con valor y aportando soluciones propias, fundamentadas y originales. Ciertamente, es oportuno contar con investigaciones como la presente, porque se trata de un grupo de delitos que va adquiriendo cada vez más relevancia: las conductas post-ejecutivas, subsiguientes, de conexión, o «posdelictuales», como las denomina la autora. Así, piénsese en el delito de asesinato por concurrencia de la circunstancia de «facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra» (art. 139.1.4.^a CP esp.), el de difusión de datos o imágenes captadas ilícitamente (art. 197.3 CP esp.), o el robo con llaves sustraídas por un medio que constituya infracción penal (art. 239.2 CP esp.), y otros más antiguos como la recepción de moneda falsa para ponerla en circulación, o la expendición de moneda falsa recibida de buena fe (art. 386). Delitos a los que cabría añadir otros cuya amplia y difusa redacción permite considerar como de coautoría aportaciones subsiguientes en una prolongada fase ejecutiva (tráfico de estupefacientes, tenencia ilícita de armas...). Y otros casos. Es razonable entender que, en tal situación, sea necesario contar con una teoría global o unitaria de las aportaciones post-ejecutivas (p. 8, nota 9).

Surgen de entrada, sin embargo, algunas dificultades a tal empresa. En primer lugar, la diversidad de previsiones legislativas (entre el StGB y los códigos penales argentino y español, que son los ordenamientos que estudia), supone una dificultad para elaborar esa teoría unitaria. Y ello, por cuanto hay diferencias no menores entre unos ordenamientos y otros. Así, mientras que favorecimiento, receptación y lavado de activos presentan un núcleo relativamente común –debido, entre otras razones, a las corrientes y compromisos internacionales– el delito de *Strafvereitelung* (§ 259) supone una clara diferencia respecto a otros ordenamientos y no puede obviarse (pp. 12-18, 26, 51-n. 8; en cambio, cfr. pp. 88-89), sobre todo porque mediante ese delito el centro de atención se traslada, de las conductas de auxilio, favorecimiento y antiguas formas de participación, hacia un aspecto que cambia el panorama: la Administración de Justicia (pp. 63, 67, 69, 71). Dicho delito, por una parte, existe en el StGB, y tomarlo como prisma por el que hacer pasar a los delitos de los códigos penales argentino y español es tarea que difícilmente se logrará sin producir alguna distorsión conceptual. Claro que puede servir de punto de referencia una vez que se asuma ese bien jurídico, y debería llevar a regular de nuevo –como propone la

autora– el encubrimiento en estos códigos, pero impide llegar a algunas conclusiones sin tener en cuenta las diferencias conceptuales. Por otra parte, y aun admitiendo la corrección del planteamiento de la *Strafvereitelung*, cabe dudar de la ventaja que se otorga a la regulación de ese delito como paradigma de cómo legislar las conductas de encubrimiento (p. 87), puesto que me parece que no aporta la precisión literal que se anuncia (en tal sentido, el art. 451 CP esp. puede resultar mucho más preciso, aunque no más correcto). Otra dificultad referida a las previsiones legislativas puestas en comparación es la figura que en España se denominó «auxilio complementario» (art. 451.1.1 CP esp.: «Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio»), y que suscita no pocas cuestiones de deslinde con la receptación, así como con el favorecimiento personal (pp. 11, 48, 50-n. 7, 59, 64-n. 39, 88-89). Finalmente, cabe aventurar que, de admitirse su propuesta de reformar estos delitos a la luz de la *Strafvereitelung*, posiblemente se incrementaría el ámbito de las conductas ahora vistas como encubrimiento.

Otras dudas surgen respecto al deslinde entre favorecimiento personal y real: puesto que presentan bienes jurídicos diversos, procede el concurso de delitos en caso de que un mismo hecho atente a los dos. A pesar de la coherencia de su conclusión, cabe dudar de que la pena resultante quede justificada, o que incluso se trate propiamente de un supuesto de *bis in idem*. Por lo demás, el recurso a los ánimos del agente para distinguir uno y otro favorecimiento (previsto, por cierto, entre receptación y auxilio complementario en el CP esp.) plantea la siempre difícil tarea de indagar y dar entidad a lo subjetivo.

Hay que atribuir un mérito indudable a su interesante posición sobre el bien jurídico protegido por el delito de receptación. Sin embargo, suscita alguna duda al pensar en cómo proceder ante conductas posdelictuales que trafican con bienes de ilícito comercio o bienes cuyo mercado se encuentra regulado y no admiten mercado formal «libre». Cabe dudar de que entonces se afecte al fundamento moral que se identifica y se exige en el contenido material de tales delitos.

Por otra parte, además, podrían encontrarse nuevos argumentos en favor de su posición si se indaga todavía más (p. 19) en la razón de ser de los arts. 300 y 453 CP esp., que no exigen la culpabilidad del autor previo para poder apreciar el tipo posdelictual.

Debido al enfoque propio de una colectánea, y como bien anuncia la autora, no se procede aquí a un análisis exhaustivo y completo, sino solo a presentar agrupadas algunos resultados de su investigación. Otros temas que merecerían estudios aparte serían, por ejemplo, el de la explicación de por qué se limita la pena para el encubridor (pp. 41-42), o la exención de pena en el encubrimiento entre parientes, o la del encubrimiento por funcionario. Pero abordar estas, y otras cuestiones, sería objeto de nuevas investigaciones, en las que los resultados aquí reunidos serán sin duda imprescindibles.

Sus aportaciones en lo referente a receptación, encubrimiento y lavado de activos no son escasas, ni poco relevantes, y se fundamentan adecuadamente; no se trata de una mera recopilación de doctrinas ajenas, sino que se entra en discusión con los autores de la doctrina al respecto, sobre todo alemana. Todo eso pone de manifiesto la calidad de sus aportaciones a una doctrina que quizá haya pasado por alto los relevantes temas y problemas que se dan cita en esta materia. Es mérito de su autora aspirar a un estudio conjunto de los delitos subsiguientes, tarea en la que es preciso continuar y para la que será preciso contar con esta obra.

**The Feminist and the Sex Offender:
Confronting Sexual Harm, Ending State
Violence***Judith Levine y Erica R. Meiners, Verso Books, 2020, 224
páginas*

Las autoras de este libro, LEVINE¹ y MEINERS², se posicionan como académicas, feministas, sobrevivientes de violencia sexual menor y abolicionistas. Su propósito, con el texto publicado en marzo de 2020 por la editorial Verso, es tender puentes de diálogo entre los feminismos y otros movimientos sociales que se encuentran enfrentados cuando de abordar la violencia sexual se trata. En su encomienda, el texto no solo tiene como metodología la presentación de determinados temas mediante la utilización del ensayo, sino también lo que ellas llaman *convos*. Los *convos* son conversaciones entre ambas autoras de algunos tópicos en los que divergen. Con esa técnica, apuntan al valor de la dialéctica en cualquier movimiento que pretenda ser democrático.

El libro inicia con una reseña del procedimiento penal celebrado en EE. UU. en contra de un médico que abusó sexualmente de cientos de niñas gimnastas. Aludiendo a este terrible hecho, en el libro se llama la atención a las palabras pronunciadas por la juez durante el pronunciamiento de sentencia: «*If the U.S. Constitution didn't forbid cruel and unusual punishment. I might allow what he did to a lot of these beautiful souls. I would allow someone or many people to do to him what he did to others*»³.

Partiendo de ese hecho, y conociendo que la venganza y el castigo no han redundado en reducir la violencia sexual, las autoras ponen el foco en dos disparadores que dan forma a la estructura del libro: ¿cómo se define la violencia sexual y cómo la cuantificamos?; y (2) ¿si ha resultado acertado el uso del estado carcelario y el régimen legal del ofensor sexual en la lucha contra la violencia sexual?

En la discusión de esas dos cuestiones, LEVINE y MEINERS, dividen su texto en cuatro partes en cuyos contenidos se discute: 1) ¿Cómo las feministas han abordado el tema del daño de la violencia sexual?; 2) la violencia perpetrada por el Estado a través de la implementación de lo que denominan «el régimen legal de los delitos sexuales»; 3) las fracturas que pueden encontrarse en las organizaciones y movimientos que resisten ese régimen legal; y 4) finalmente, se proponen 10 enfoques para afrontar la violencia sexual, acabar con la violencia del Estado y transformar nuestras comunidades.

* Doctoranda en Derecho de la Universitat Pompeu Fabra, Defensora legal de la Sociedad para Asistencia Legal de Puerto Rico y Profesora Adjunta de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Contacto: yarirrosario@gmail.com

¹ Judith LEVINE es fundadora del *National Writer Union* y de la fundación *No More Nice Girls* cuya misión es dar a conocer los derechos reproductivos de las mujeres. Es columnista en periódicos como *The New York Times* y ha escrito varios libros dedicados a los temas de género, feminismo y sexualidad.

² Erica R. MEINERS es profesora de Estudios de Género y de la Mujer en la *Northeastern Illinois University*. Ha publicado libros, artículos y columnas relacionados a los temas de género, educación sexual y cárceles.

³ LEVINE y MEINERS citando a AQUILINA, pág. 1.

En la primera parte del libro, las autoras dan cuenta de cómo el feminismo de los años 70 pretendió visibilizar la violencia sexual que sufríamos las mujeres y cómo el sistema legal perpetuaba esa violencia, a través de ese mismo sistema legal. En palabras de una abogada citada por LEVINE y MEINERS: «*The antiviolence movement believed that if we made these problems illegal they would go away*»⁴. De manera paralela, pero menos visible, el feminismo de izquierda dejó claro que la violación no era una problemática para afrontar con la «ley y orden» y se distanció de este acercamiento.

Durante los años 80, las feministas, coincidiendo con las políticas de *governing through crime*, reseñadas por Jonathan SIMON, típicas de los gobiernos neoliberales y conservadores de EE. UU., militaron en favor de, por ejemplo, la puesta en vigor en 1994 de la *Violence Against Women Act* (en adelante, VAWA)⁵. A esta postura, en la que el estado penal se convierte en una supuesta herramienta de cambio, en el año 2007 la socióloga BARNSTEIN la denominó «feminismo carcelario».

Reconociendo la visibilidad que ha tenido el movimiento #MeToo y cómo se han ido ilegalizando muchas conductas que son catalogadas como repugnantes (*revenge porn*), se hace un llamado en este libro, citando a Angela Davis, al reconocimiento de que las feministas de los años 70 fallaron en desarrollar un análisis de la violencia sexual que diera cuenta sobre las condiciones sociales que la fomentan. De esa forma, lo que se impulsa es un análisis interseccional sobre «la posibilidad de dar cuenta de las múltiples identidades y condiciones culturales, políticas y económicas que hacen a una persona y su situación»⁶.

En la segunda parte, se hace un recuento de todas las leyes puestas en vigor en EE. UU., desde la década del 90 del siglo XX, en la que los gobiernos, impulsados por la movilización política de padres y madres, expandieron el aparato punitivo con el pretexto de proteger a los menores de edad de los «depredadores sexuales». A ese expansionismo las autoras lo denominan «el régimen legal del ofensor sexual», que incluye los registros de ofensores sexuales y los confinamientos involuntarios.

De acuerdo con el texto, este régimen legal se sustenta en la falsa idea, incluso repetida por el Tribunal Supremo de EE.UU.⁷, de que los depredadores sexuales reinciden en porcentajes alarmantes por padecer de una anormalidad mental – no reconocida por la Asociación de Psiquiatría Americana– que los predispone a delinquir. Conforme han pasado los años, «el régimen legal del ofensor sexual» se ha extendido ampliamente. Las feministas carcelarias no han sido las responsables de esta expansión. Sin embargo, han aportado en cierta medida a la problemática, ya que han cabildeado a favor de la adopción de políticas punitivas que afectan a un porcentaje importante de las mujeres negras, de los hombres negros y pobres y de los *queers*.

Ante los serios problemas de violencia y discriminación que han generado estas políticas criminales, algunos movimientos han tratado de atenuar ese daño. Así las cosas, se intentan legitimar evaluaciones de peligrosidad para registrar o confinar a los «más malos» exclusivamente; se cabildea para sacar de los

⁴ *Id* citando a GOODMARK, pág. 24.

⁵ La VAWA concedió 2/3 partes de sus fondos al aparato represivo de ley y orden y solo 1/3 a las mujeres afectadas por la violencia sexual (*Id*, pág. 25).

⁶ *Id* citando a CRENSHAW, pág. 33.

⁷ *Mc Kune v. Lile*, 536 U.S. 24 (2002).

registros a los menores que hayan estado en conflicto con la ley penal; y se organizan programas como «Proyecto Inocencia» para excarcelar a los inocentes. Para las autoras, sin embargo, ninguno de estos abordajes se aparta del tan dañino binomio: «víctima» vs. «perpetrador».

Por consiguiente, entienden necesario explorar en la tercera parte del libro los discursos y las prácticas de algunos grupos, movimientos u organizaciones que militan en contra del «régimen legal de los ofensores sexuales». De entrada, LEVINE y MEINERS plantean la falla con la que operan estos grupos a través de una pregunta: ¿qué se pretende, justicia racial, justicia de género o justicia de clase? La cita de un académico abolicionista ilustra la importancia de la cuestión:

«The anti-violence movement buys into the carceral state by advancing “anti-violence campaigns” that rely on arrest, prosecution, and punishment as ways to solve the problem of gender violence. The focus of the problem is individual incidents of abuse rather than public policies that result in state violence against women and queer communities, which are ignored by feminist groups who invest our resources that are tied to the growing punishment industry. Those racial justice organizations that do resist state violence and the concomitant crises that result from mass incarceration see their work in masculine terms...Many fail to understand that the criminal legal system is not only racist, it relies on heteropatriarchal assumptions that narrate a kind of social order that is based on domination»⁸.

Esa fractura en los movimientos, sugieren las autoras, se sana construyendo puentes de solidaridad a través de las diferencias y haciendo análisis interseccionales; solo así se derrotarán las violencias estatales e interpersonales.

Dos ejemplos ilustran cómo la negativa de determinados grupos a pensar interseccionalmente provoca mayor violencia: la madre que lucha en contra del registro de ofensores sexuales, porque su hijo meramente «cometió un error» y culpa exclusivamente a las feministas de su desgracia; o la feminista que lucha contra la prostitución y no prevé que su ilegalización podría afectar a mujeres negras y pobres.

Ante la trampa que supone utilizar el aparato represivo para combatir la violencia sexual, en la cuarta parte de su libro las autoras enumeran varias alternativas.

Conviene resaltar, en lo que atañe a políticas criminales, su recomendación de abolir el confinamiento involuntario para «depredadores sexuales» y el registro de ofensores sexuales, pues estas políticas, de acuerdo con su postura, no redundan en la reducción de la violencia sexual. Por el contrario, violentan a los condenados en tanto se les estigmatiza y se les impide vivir en comunidad. Así mismo, se distancian de la idea de que el consentimiento en una relación sexual pueda concederse solo mediante un «sí», porque desde su mirada, «todo es más complicado». En la línea de la responsabilidad que debe asumir una persona que violenta a otra y provoca un daño, se propone el asumir responsabilidad por los actos (*accountability*) desde la perspectiva de la justicia restauradora, en vez de la retribución o el castigo. Esa asunción de responsabilidad debe ir atada a la sanación de la persona a la que se le provocó un daño. En adición, debe trabajarse, en consonancia, desde el enfoque de la justicia transformadora, a través de la restauración del tejido social de la comunidad en donde se vive la situación de violencia. Para ello, resulta imprescindible, además, trabajar en la construcción de un estado bienestarista robusto y no un estado carcelario. La

⁸ *Id.*, citando a RICHIE, pág. 87.

asunción de estas alternativas supone pensar la violencia desde la interseccionalidad y abrazar el feminismo abolicionista porque, «*If we want to get rid of patriarchy, we have to get rid of punishment*»⁹.

En fin, este texto es sumamente pertinente para ciertos temas que se discuten actualmente en la política puertorriqueña. A tales efectos, su lectura invitaría al feminismo con mayor protagonismo en la Puerto Rico a hacer autocrítica con relación a su apoyo respecto a la adopción de la figura del feminicidio como un delito de primer grado cuya pena es de 99 años, a su solicitud de la declaración de un estado de emergencia ante la violencia que se experimenta, y al reclamo de eliminar la figura del asesinato atenuado en los casos de feminicidios, entre otras. De igual forma, resultaría fundamental que aquellos activistas, abogadas y abogados que militan en favor de los derechos de las personas privadas de la libertad, no descarten como falsas o exageradas las preocupaciones que, con razón, aquejan a todas las mujeres de este país. Hasta ahora, no trabajar en conjunto e interseccionalmente no ha resultado en nada positivo. La violencia sexual y de género continúan siendo un problema importante en el país. Mientras muchas personas sufren el dolor de vivir entre los muros de una institución que es tremendamente violenta y deshumanizante, la cárcel. Por último, el libro también constituye una excelente fuente de información para conocer una inmensa cantidad de proyectos de justicia restauradora y transformadora que se desarrollan en EE.UU. y que han tenido resultados positivos.

A todos y todas las que queremos eliminar no solo la violencia interpersonal, sino también aquella que produce el estado neoliberal y carcelario en el que habitamos, esta lectura les resultará enriquecedora.

⁹ *Id.*, citando a KABA, pág. 5.