InDret

Revista para el análisis del derecho

3.22

-

Julio de 2022

Sumario 3.22

Editoriales

-
Legislador legislado (en parte)
Carlos Gómez Ligüerre
i-vi
-
Agradecimientos y Würzburg
Ricardo Robles Planas
vii-viii
-
Conformidad, suspensión de la pena y responsabilidad civil: un problema no resuelto
Daniel Varona
ix-xii
-

Derecho privado

-
La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto en la intersección de la DCD y la DCV
Rosa Barceló Compte
Gemma Rubio Gimeno
1-27
-
Barbari ad portas: la prohibición de la retribución externa como arma defensiva
Maribel Sáez Lacave
28-75
-
La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el «*mayor beneficio para la vida y salud del paciente*» en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario
Esther Torrelles Torrea
76-113
-

Derecho Penal

-
La desobjetivización de la responsabilidad civil* ex delicto*: los programas de cumplimiento
Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles
Borja Almodóvar Puig
114-146
-
Los límites de lo normativo
Pablo Sánchez-Ostiz
147-171
-
La relación entre dolo e imprudencia ¿Aliud o plus-minus?
Gabriel Rogé Such
172-200

-

Criminología

-

El impacto del COVID-19 en el delito farmacéutico
Úrsula Ruiz Cabello 201-232

-

Police stop and search in Spain: an overview of its use, impacts and challenges
Lorea Arenas-García
Elisa García-España 233-257

-

Derecho Público y Regulatorio

-

El Consejo de Estado: un análisis empírico sobre los votos separados de sus consejeros
Nuno Garoupa
Laura Salamero Teixidó
Adrián Segura Moreiras 258-288

-

La audiencia de los niños, niñas y adolescentes
Glòria Ortega Puente 289-322

-

Actualidad

-

La Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos?
Tomás Rubio Garrido 323-337

-

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (febrer-maig de 2022)
Miriam Anderson 338-363

-

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal
Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallés 363-410

-

Helados y encarcelamiento
Ian Loader 411-430

-

Recensiones

-

ExLibris
Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz 431-447
-
Gasear, mutilar, someter. La política de las armas no letales
Paul Rocher, Katakrak Liburuak, 2021, 172 páginas
Ignacio González Sánchez 448-451
-

InDret
3.2022

Editorial

Legislador legislado (en parte)

-

Cuando un Estado miembro de la Unión Europea incumple las obligaciones que le impone esa condición, la Comisión Europea puede acudir a las previsiones del artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Conforme a él, si el Estado no se aviene a las exigencias contenidas en el dictamen en el que se identifique la infracción, la Comisión puede recabar el auxilio del Tribunal de Justicia para que dirima la controversia.

Así ha sucedido en el caso que finalmente ha resuelto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de junio de 2022, *Comisión c. España*, C-278/20 (ECLI:EU:C:2022:503), en la que el Tribunal estima en parte el recurso de la Comisión y declara incompatibles con el derecho de la Unión algunas de las previsiones sobre responsabilidad del legislador español cuando el daño infringido a un particular trae causa de una infracción del derecho europeo.

Ese régimen especial de responsabilidad, regulado junto al resto de supuestos de la denominada «responsabilidad patrimonial» de la Administración pública, se previó en los apartados 3 a 6 del artículo 32 y en el artículo 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y en el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), cuyas previsiones habrán de modificarse tras la sentencia que ahora se presenta.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de cuya observancia es garante –entre otras muchas competencias- la Comisión Europea, prevé en su artículo 340 la responsabilidad de la Unión por los daños que causen sus instituciones o agentes en el ejercicio de sus funciones. Una previsión que, por cierto, remite a «los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros» como único requisito para la reparación de un daño que corresponderá decidir al Tribunal de Justicia de la Unión (cfr. artículo 268 TJUE). El Tratado carece, sin embargo, de una norma equivalente aplicable a los Estados miembros. Los daños que estos puedan causar habrán de resolverse conforme a las normas nacionales de responsabilidad de los poderes públicos y, en su caso, de responsabilidad del legislador.

Es, hasta cierto punto, incoherente. La adecuación del derecho nacional al derecho europeo se confía a un control de legalidad. Al previsto en el ya referido artículo 258 TFUE por parte de la Comisión o al más general e indirecto de las cuestiones prejudiciales que, conforme al artículo 267 TFUE pueden plantear todos los órganos jurisdiccionales nacionales ante el Tribunal de Justicia. Sin embargo,

la infracción del derecho de la Unión puede causar daños a los particulares y en ese caso, la Unión carece de normas propias de protección de sus ciudadanos contra los excesos (o defectos) de sus Estados nacionales. El Tratado, que impone responsabilidad –aunque difusa- a las instituciones y agentes europeos, se conforma con el control de legalidad cuando los daños pueden ser causados por los Estados miembros.

El silencio del Tratado lo ha suplido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha reiterado en diversas ocasiones que los particulares tienen derecho a una indemnización cuando se cumplen tres requisitos: (a) que la norma infringida del derecho de la Unión tenga por objeto conferirles derechos; (b) que la infracción de esta norma esté suficientemente caracterizada; y (c) que exista una relación de causalidad directa entre tal infracción y el perjuicio sufrido por esos particulares.

Tales son los requisitos que el Tribunal, en las decisiones que cita en los párrafos 29 a 33 de la sentencia que se presenta con estas líneas y en algunas otras, ha establecido para el ejercicio de la acción de responsabilidad por infracción del derecho europeo contra los Estados miembros por parte de los ciudadanos (y, por cierto, también entre estos, pues desde la STJUE de 20 de septiembre de 2001, *Courage*, C-453/99 (ECLI:EU:C:2001:465) sabemos que la responsabilidad por infracción del derecho de la Unión puede exigirse a un particular).

El párrafo quinto del artículo 32 LRJSP incorporó al texto legal los tres requisitos exigidos por el TJUE para el nacimiento de la responsabilidad por infracción del derecho europeo que se han referido. Nada, por tanto, debía objetarse al legislador español. De hecho, nada le obligaba a regular la materia en nuestro derecho interno, pues con regulación nacional o sin ella, todos los Estados miembros están sujetos a la jurisprudencia europea que ha reconocido el derecho a una indemnización a los particulares perjudicados por una infracción del derecho europeo. La incorporación de esos requisitos de origen jurisprudencial en nuestro derecho interno de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas era –y es, cuando menos- una contribución a la seguridad jurídica y debe ser, por tanto, bienvenida.

Para la Comisión Europea, el problema no estaba allí (a salvo del debate que se suscita en el caso sobre la equivalencia de los términos «incumplimiento» e «infracción»). La Comisión denunciaba lo que antecedía y seguía a esa disposición. En concreto, que, además de la concurrencia de los requisitos exigidos por el Tribunal de Justicia, la regulación española exigiera que:

- El particular hubiera obtenido una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño (artículo 32.5 LRJSP).

- Que en el proceso que finalizó con la sentencia firme desestimatoria de la pretensión de la víctima el particular hubiera alegado la infracción del derecho de la Unión (artículo 32.5 LRJSP)

- Que el plazo anual de prescripción de la acción se computara desde la publicación de la sentencia que declare la infracción del derecho europeo en el Diario Oficial de la Unión Europea (artículo 67.1 LPAC).

- Que los daños indemnizables solo sean los producidos en los cinco años anteriores a la publicación de esa sentencia (artículo 34 LRJSP).

A juicio de la Comisión Europea, tales exigencias vulneraban el «principio de efectividad». Una limitación a la autonomía procesal de los Estados miembros elaborada por una abundante

jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, en el caso que nos ocupa, implica que los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños por infracción del derecho de la Unión «no pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización», como resume el Tribunal en el párrafo 33 de la sentencia.

También a juicio de la Comisión, la regulación española en la materia contravenía el «principio de equivalencia». Otra restricción al ejercicio de competencias nacionales elaborada por el Tribunal que implica que «los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna», como la sentencia refiere y concreta en el caso en el mismo párrafo 33.

En resumen: que la regulación española dificultaba en exceso la reclamación de un daño causado por una Administración pública española infractora o incumplidora del derecho europeo y que, además, esas dificultades eran exclusivas del supuesto en cuestión, pues no se exigían a otro que la Comisión consideraba análogo, que es de la responsabilidad por daños causados por leyes inconstitucionales; pretensión que se regula en el artículo 32.4 LRJSP. En estos términos se planteó el debate que hubo de resolver el Tribunal de Justicia.

La alegación principal del Estado español, seguida de muchas otras basadas en argumentos diversos que trataban de contrarrestar los esgrimidos por la Comisión, es cierta, aunque resultó ser insuficiente. Conforme a ella, las reglas especiales de responsabilidad del Estado legislador por infracción del derecho de la Unión son solo eso, unas reglas especiales. De «cláusula de cierre del sistema jurídico español» la calificaron nuestros servicios jurídicos. No les falta razón, al menos en la mayoría de supuestos imaginables. En ellos, la regla general será la contenida en el apartado tercero del artículo 32 LRJSP, dedicado a la responsabilidad por daños causados por actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que sus víctimas no tengan el deber jurídico de soportar. Tal será el caso, ciertamente, en todos los casos en que una actuación (u omisión) material de la Administración se ejecute en cumplimiento de una norma contraria al derecho europeo. Cuando así suceda, la indemnización de las víctimas podrá exigirse con base en esa cláusula general, sin necesidad de acudir a los requisitos exigidos en el apartado quinto del mismo precepto y en el resto de los impugnados por la Comisión.

El adverbio «también» con el que concluye el tercer apartado del artículo 32 LRJSP y que antecede a las previsiones específicas en materia de responsabilidad por infracción de la Constitución y del derecho de la Unión confirmaría esa lectura de la norma («La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurran los requisitos previstos en los apartados anteriores»).

Si esto es así, la pregunta es por qué motivo se incluyeron entonces las previsiones impugnadas por la Comisión en las leyes de régimen jurídico del sector público y de su procedimiento común. La incógnita, adicional, es si tales reglas hubieran sido entendidas por nuestros jueces y tribunales como meros complementos de la que sería la «cláusula general de responsabilidad del legislador», cuando la ley incluía normas especiales para el supuesto de que esa responsabilidad tuviera su origen, específicamente, en la infracción del derecho europeo.

En todo caso, esos argumentos cedieron ante la constatación, incontestable al menos en teoría, de que las infracciones posibles del derecho de la Unión no se agotan en el funcionamiento –normal o anormal- de los servicios públicos, al que se refiere el apartado tercero del artículo 32 LRJSP cuando impone responsabilidad por daños causados «como consecuencia de la aplicación de actos legislativos».

Esa limitación impide, a juicio del Tribunal, que hace suyos los argumentos del Abogado General en este punto (se pueden consultar aquí), concluir que las reglas especiales contenidas en materia de responsabilidad del legislador impugnadas en el procedimiento eran hasta cierto punto superfluas. Es preciso distinguir la responsabilidad de la Administración, que asume las consecuencias materiales de la aplicación de una norma, de la responsabilidad de quien la promulgó o en la que se puede llegar a incurrir en caso de que no se promulgue la que debería elaborarse y promulgarse.

Son planos diferentes que tienden, no obstante, a confundirse por la ausencia de una regla europea –con o sin efecto directo- que establezca los postulados básicos de la responsabilidad de los legisladores nacionales de los Estados miembros. Si así fuera, la interpretación del derecho propio conforme al europeo y la primacía de este para excluir o sustituir al nacional hubieran evitado, seguramente, la promulgación de las normas discutidas o la gravedad que rodeó al debate resuelto por el Tribunal.

Ese extremo explica buena parte del debate suscitado entre la Comisión y los servicios jurídicos del Estado, embarazados en argumentos sobre los efectos de las sentencias que declaran la ilegalidad de una norma, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa española, el tribunal competente para declarar la infracción en función de la norma europea infringida y las competencias europeas y estatales en el control de la legalidad. Una norma europea sobre la materia, además de garantizar un marco común de protección a todos los ciudadanos de la Unión frente a los desmanes o deficiencias de sus legisladores, evitaría pleitos como el resuelto por la sentencia. En ausencia de tal norma, habrá de ser un juez o tribunal quienes declaren la incompatibilidad de una ley nacional con las disposiciones europeas.

Este es el punto central de la discusión que se planteó ante el Tribunal, tanto en la teoría como en la práctica. En la teoría, porque mientras un juez no declare la ilegalidad de una norma, esta mantiene su vigencia. En la práctica, porque mientras esa ilegalidad no se declare, las autoridades de un Estado siguen obligadas a aplicarla. Y allí está el núcleo del debate y de las desavenencias (e incomprensiones mutuas) entre las partes del proceso y de las complicaciones que la norma española impone a los justiciables.

Si el TJUE ha confirmado en un momento previo a la reclamación de la víctima potencial la adecuación de la norma nacional en cuestión al derecho europeo, no hay caso y las autoridades administrativas, jueces y tribunales nacionales pueden aplicarla sin dudar sobre su legalidad. Si el TJUE ya ha declarado la infracción del derecho europeo, es difícil imaginar que la norma siga en vigor y es improcedente que su víctima haya de recolectar sentencias desestimatorias antes de plantear la responsabilidad del legislador. Si el TJUE no ha tenido todavía conocimiento de la eventual infracción del derecho europeo, parece excesivo que la víctima haya de esperar hasta su decisión, pero es razonable que existan dudas sobre la existencia de esa infracción. Esos son los escenarios que debían resolverse. La cuestión central, que la sentencia soslaya, está en determinar quién ha de declarar la infracción del derecho de la Unión en ausencia de una norma europea sobre la responsabilidad de los Estados miembros.

El Tribunal considera que es excesivo exigir su pronunciamiento respecto de la adecuación a la legalidad europea como un requisito para indemnizar a las víctimas. Dicho en términos técnicos, es contraria al «principio de efectividad», pues dificulta injustificadamente el ejercicio del derecho. De hecho, el Tribunal de Justicia recuerda (párrafos 104 a 106) su doctrina conforme a la cual la reparación con cargo a un Estado miembro de las consecuencias de una infracción del derecho europeo no puede supeditarse a una declaración previa del incumplimiento por parte del propio Tribunal.

Es cierto, que la sentencia a la que se refiere el apartado quinto del artículo 32 LRJSP no debe proceder exclusivamente, en el tenor literal de la previsión, del Tribunal de Justicia. Cabría, por tanto, cualquier decisión judicial nacional para cumplir con el requisito. Pero también lo es que cuando se regulan el plazo de prescripción y el ámbito temporal de la indemnización (artículos 67.1 LPAC y 34.1 LRJSP, respectivamente), parece que el legislador español contempla solo las decisiones del Tribunal de Justicia y a eso se aferran la Comisión y la decisión del Tribunal.

Si la declaración de la infracción puede proceder de un tribunal nacional, como parece que la sentencia admite, tiene sentido que se exija la firmeza de la decisión (quizá hubiera sido mejor identificar las decisiones de órganos jurisdiccionales no susceptibles de recurso, pues la firmeza puede ser efecto de causas diversas). Sin embargo, ese requisito solo puede auxiliar a las víctimas que, por impugnar una actuación de la Administración que causó el daño en cumplimiento de la norma, pueden denunciar la infracción del derecho europeo en el correspondiente procedimiento judicial. En ese caso, la víctima podría fundar su pretensión en las reglas generales de responsabilidad patrimonial y en el control de la resolución administrativa del caso por parte de la jurisdicción ordinaria.

El requisito excluye a las víctimas de leyes que infrinjan la legalidad europea que no hayan fundado una actuación (u omisión) imputable a una Administración. Por tal razón, el fallo del Tribunal concluye que es contraria al «principio de efectividad» la exigencia de una sentencia (del Tribunal de Justicia) que declare la infracción con carácter previo, pero que también lo es requerir una sentencia firme (que habrá de ser necesariamente nacional) que desestime la alegación de la infracción del derecho europeo. Aunque en ese caso, y la salvedad es muy relevante, solo cuando el daño no sea consecuencia de una actuación administrativa impugnable.

De igual modo, aunque en términos menos rotundos, el Tribunal duda –y aquí hubiera sido deseable una mayor claridad en su decisión- de la adecuación de la exigencia de que el justiciable haya alegado la infracción a lo largo del procedimiento. El requisito tiene, de hecho, algo de tautológico: si la infracción existe por haber sido declarada, la alegación del particular debería ser irrelevante; también si la infracción es declarada por el tribunal que conozca del asunto en cumplimiento de sus funciones de control de la legalidad europea y sin perjuicio de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial (cuyo planteamiento es obligatorio, si concurren dudas de legalidad, para los tribunales nacionales cuyas decisiones no pueden ser recurridas, como prevé el artículo 267 TFUE).

En todo caso, si la infracción no ha sido todavía declarada por ningún juez o tribunal (en cuyo caso existirán dudas sobre su existencia), el Tribunal considera que el requisito podría «suponer una complicación procesal excesiva, contraria al principio de efectividad» (párrafo 144).

Las razones anteriores llevan al Tribunal a estimar las alegaciones de la Comisión en relación con la determinación del día inicial de cómputo del plazo anual de prescripción para la reclamación de responsabilidad del legislador. El artículo 67.1 LPAC fija ese momento en la fecha de publicación de la sentencia, pero como no todas las infracciones pueden dar lugar a una sentencia, el requisito supone supeditar el ejercicio del derecho a una declaración judicial previa que la declare y, en esa medida, es contrario al «principio de efectividad».

Con argumentos más intuitivos, el Tribunal considera contraria al derecho europeo la limitación temporal de los daños indemnizables prevista en el artículo 34.1 LRJSP. Conforme a ella «serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa.»

Se trata, sin duda, del requisito más discutible de los que incluyó la legislación debatida, en especial si se te tiene en cuenta la duración esperada de los procedimientos judiciales en los que han de embarcarse las víctimas del daño. Parece que no tiene otra justificación que la salvaguarda de las arcas públicas (que no es poca cosa), que cede, sin embargo, ante la exigencia de reparación integral del daño causado. Principio que el Tribunal evoca sin mayores detalles, acaso por considerarlo esencial al sistema de responsabilidad por daños y común a los principios europeos en la materia.

La sentencia desestima el segundo grupo de alegaciones de la Comisión contra la normativa española basada en la vulneración del «principio de equivalencia». Conforme a ellas, los requisitos exigidos por la jurisprudencia europea para la existencia de la responsabilidad del legislador por infracción del derecho europeo deberían ser análogos a los exigidos para otros supuestos de responsabilidad del legislador por infracción de normas nacionales.

La Comisión toma como elemento de comparación los requisitos que el apartado cuarto del artículo 32 LRJSP exige en los casos de contravención de la ley con los mandatos constitucionales. En ese caso, la LRJSP no exige que la norma infringida tenga por objeto conferir derechos a los particulares y que la infracción esté suficientemente caracterizada. Requisitos que, además de la existencia de una relación de causalidad, contempla el apartado quinto del artículo 32 LRJSP en cumplimiento de la jurisprudencia europea sobre la responsabilidad por infracción del derecho de la Unión, como se ha visto. Parece que la Comisión exigía que esos mismos requisitos gobernaran la responsabilidad por inconstitucionalidad o que, ausentes en ese caso, desaparecieran de la regulación española debatida.

El Tribunal considera tales argumentos infundados y desestima la pretensión de la Comisión. La regulación española en materia de responsabilidad del legislador por infracción del derecho europeo no contraviene, por tanto, el «principio de equivalencia».

El incumplimiento del legislador español se circunscribe, así, a cuestiones relacionadas con el «principio de efectividad». Todas ellas tendentes a facilitar la pretensión de las potenciales víctimas y en eliminar las restricciones temporales a su ejercicio y contenido. Habrá ahora que enmendar lo hecho. De acuerdo con el artículo 260 TFUE, el Estado español está obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia. De otro modo, la Comisión puede instar ante el Tribunal la imposición del pago de multas coercitivas o sumas a tanto alzado. Al margen de esa amenaza, una cuestión tan delicada y cercana a la garantía de la legalidad exige una regulación que incluya la solución dada por el Tribunal a las controversias planteadas en el caso. El objetivo de la regulación de la responsabilidad del legislador, en este caso por infracción del derecho europeo, es reducir al máximo la frecuencia de casos en que tal infracción puede existir. Limitar cualitativa o cuantitativamente la pretensión de las víctimas no fortalece el estado de derecho. Toca ponerse a ello a la vuelta del verano.

La labor más compleja desde el punto de vista técnico será, sin duda, la distinción entre las infracciones del derecho europeo que pueden ser indemnizadas por el sistema general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas de aquellas otras que, por no implicar una actuación material por parte de la Administración, no pueden confiarse al régimen general. Aunque en muchos de esos casos, el problema será de legalidad, y no de responsabilidad. Quizá, por ello, desvincular la regulación de la responsabilidad del legislador por el incumplimiento del derecho europeo del régimen general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas facilitaría las cosas.

Carlos Gómez Ligüerre

InDret
3.2022

Editorial

Agradecimientos y Würzburg

Aunque en justicia habría que hacerlo constantemente, creo que este número de cierre del curso académico español 2021-22 es un buen momento para reconocer y agradecer a todos los que, con su dedicación a la revista, hacen posible InDret Penal «desde dentro». En particular, a todos los colaboradores permanentes que anónimamente evalúan los originales (un trabajo, ciertamente, «oculto» pero imprescindible para garantizar la calidad de la publicación); a los consejeros de redacción (Nuria Pastor e Ivó Coca) y a los encargados de la edición final de los textos (Matías Belmonte, Francisco Fernández, Oriol Martínez, Federico Montero y Mauro Roccasalvo). Todos ellos conforman el esqueleto institucional de la revista. También, a los coordinadores de las secciones "ExLibris" (Pablo Sánchez-Ostiz) y "Revista Crítica de Jurisprudencia Penal" (Ramon Ragués), pues gracias a su empeño ambas secciones ya se han consolidado como partes indispensables del proyecto InDret Penal.

En segundo lugar, precisamente en estos días de final del mes de julio de 2022 están teniendo lugar en la Julius-Maximilians-Universität Würzburg dos acontecimientos impulsados por Eric Hilgendorf (y coorganizados por Luis Emilio Rojas) cuya relevancia para la ciencia penal iberoamericana es preciso subrayar aquí[1].

Por un lado, la entrega (que tuvo que aplazarse por la pandemia) del libro homenaje alemán a Marcelo Sancinetti, publicado con el título *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag* (Duncker & Humblot, Schriften zum Strafrechtsvergleich, 2020) y editado por Eric Hilgendorf, Marcelo D. Lerman y Fernando J. Córdoba. En el solemne acto de entrega interviene Wolfgang Frisch con una conferencia sobre la imputación objetiva. Salvo error u omisión por mi parte, es la primera vez que un penalista iberoamericano recibe un libro homenaje de estas características en Alemania. El dato basta para calibrar la huella que Sancinetti deja en nuestra disciplina.

Por otro lado, simultáneamente tiene lugar en la misma universidad alemana un encuentro científico de dos días de duración absolutamente excepcional: *Un recorrido por la obra de Jesús-María Silva Sánchez*. Los temas de su producción científica que se exponen y debaten con él por colegas alemanes y latinoamericanos son: el método

[1] El programa completo de ambos eventos puede consultarse en https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02150100/Projekte/Institutspartnerschaft_Abteilung_StR_Universitaet_Alberto_Hurtado/Programm-Stand_26-7-22.pdf.

de la ciencia penal (Hilgendorf), la imputación objetiva (Dias), la expansión del Derecho penal (Beckemper), los presupuestos pre-jurídicos de la responsabilidad penal (Zabel), la determinación de la pena (Grosse-Wilde), la interrupción de cursos causales salvadores (Tuñón), la aplicación de la ley penal (Kudlich), la culpabilidad (Greco), el papel de la víctima (Kubiciel) y la vida como objeto de protección del Derecho penal (Duttge). De nuevo, salvo error u omisión, no existen precedentes de unas jornadas organizadas por una universidad alemana que tengan por objeto analizar y discutir el conjunto de la producción científica de un penalista de lengua no germana. También aquí esta circunstancia habla por sí sola.

En InDret Penal queremos hacernos eco de estos dos hitos de la ciencia penal iberoamericana y celebrarlos con sus protagonistas.

¡Feliz verano!

Ricardo Robles Planas

InDret
3.2022

Editorial

Conformidad, suspensión de la pena y responsabilidad civil: un problema no resuelto.

Sobre la STC 32/2022 de 7 de marzo.

-

El número de conformidades en los juicios penales plantea la necesidad de que la criminología se dedique al estudio de esta institución.

En esta sección ya hemos dedicado una editorial a la institución de la conformidad (núm. 3-2021: *La cara oculta de la justicia penal: la conformidad del acusado. A propósito de la STS 15-4-2021*), subrayando su imparable ascenso y la necesidad de que la criminología se ocupe de esta institución por los innumerables problemas que plantea (con más profundidad véase VARONA/KEMP/BENÍTEZ[2]).

La reciente STC 32/2022, de 7 de marzo, aun estando dedicada en realidad a otra cuestión que enseguida detallaremos (la revocación de la suspensión de la pena de prisión por impago de la responsabilidad civil), permite vislumbrar uno de los problemas que plantea la conformidad.

En concreto, la situación fáctica de la que parte la STC es una, de hecho, muy corriente: el acusado por un delito (en este caso un atentado a agentes de la autoridad), se conforma con la pena ofrecida en el acto del juicio oral por el Ministerio Fiscal (rebajada respecto su inicial petición en el escrito de acusación) a condición de que la pena de prisión sea suspendida en la misma sentencia. Dicha suspensión de la pena quedó condicionada en el presente caso a la condición general de no delinquir en un determinado plazo de tiempo, a la realización de 30 días de trabajos en beneficio de la comunidad y a abonar la responsabilidad civil impuesta en sentencia por los daños causados a los agentes de la autoridad, conforme al compromiso de pago asumido por el penado (70 euros mensuales).

[2] VARONA/KEMP/BENÍTEZ, «La conformidad en España. Predictores e impacto en la penalidad», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 2022.

Así las cosas, lo cierto es que el penado no abonó cantidad alguna en concepto de indemnización, por lo que el juzgado penal ejecutante finalmente acordó revocar la suspensión de la pena de prisión por el impago de la responsabilidad civil, al interpretar que asumió artificiosamente el compromiso de pago con el fin de obtener la suspensión. Dicha decisión fue convalidada por la Audiencia Provincial de Madrid sobre la base de que el penado con su comportamiento puso «*de relieve una decidida voluntad de burlar la decisión judicial de rebajarle la pena en la sentencia con la condición de ese compromiso de pago*».

Frente a ello se recurre en amparo alegando dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, un déficit procesal, que tiene que ver con la ausencia del trámite de audiencia al penado antes de revocar la suspensión de la pena concedida, y la consiguiente indefensión que ello provoca. En segundo lugar, un argumento material, relativo a la improcedencia de revocar la suspensión de la pena por impago de la responsabilidad civil cuando se carece de capacidad económica.

Con respecto a la primera cuestión, el TC es claro respecto de que no es posible revocar la suspensión de la pena de prisión, por causa del impago de la responsabilidad civil establecida como condición de la suspensión, sin darle antes previamente oportunidad al penado de explicar de forma personal a qué se debe dicho impago:

> *Dado el papel del trámite de audiencia cuando se decide sobre el efectivo ingreso en prisión como garantía de un examen adecuado de la legalidad de la actuación y que la causa de la revocación -incumplimiento injustificado del pago de la responsabilidad civil- está conectada con las circunstancias personales del sujeto, resultaba imprescindible oírle antes de acordar esa medida...*
>
> *Dada la importancia de la primera audiencia y la necesidad de evaluar las razones del penado para el incumplimiento que conduce a revocar la suspensión y determina el ingreso en prisión, la ausencia de una audiencia contradictoria en la que se oyera al recurrente sin ninguna explicación plausible vulnera las garantías del procedimiento adecuado en los incidentes en los que se ventila el efectivo ingreso en prisión con objeto de examinar su legalidad.* (FJ 3º).

Con ello, nuestro TC viene consolidando la exigencia de la audiencia personal del penado, como una garantía procesal de obligado cumplimiento antes de la toma de decisiones que le puedan afectar en la ejecución de la pena. Aspecto éste sobre el que nuestro código penal peca por defecto (véase art. 86.4 CP, que configura tal audiencia como meramente potestativa), y que sin embargo viene firmemente asentada en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (énfasis añadido):

> Artículo 881. Derechos de la persona condenada.
> 1. La persona condenada gozará de todos sus derechos salvo los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y, en su caso, la ley penitenciaria.
> 2. En particular, toda persona condenada tiene derecho:
> ...
> e) *A ser oída antes de que el tribunal adopte cualquier decisión que afecte a la forma o a las condiciones de cumplimiento de las penas o medidas de seguridad.*
>
> Artículo 923. Procedimiento para la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.
> 1. Cuando la sentencia no se haya pronunciado sobre la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, si las impuestas se encontrasen dentro de los límites previstos en el Código Penal, el tribunal encargado de la ejecución convocará a la audiencia establecida en el artículo 895 de esta ley para decidir sobre la procedencia de la suspensión.

> Si se trata de la condena por un delito que solo puede ser perseguido previa denuncia del ofendido, se citará también a este y, en su caso, a quien le represente, para ser oído.
> 2. Si resultase necesario, el tribunal podrá recabar informes de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas sobre las circunstancias determinantes de la aplicación de medidas sustitutivas y realizar cualquier comprobación que resulte necesaria sobre la concurrencia de los requisitos establecidos en el Código Penal para acordar la suspensión.
> Se incorporará, además, hoja actualizada de antecedentes penales.
> 3. *La comparecencia de la persona condenada será preceptiva*. En caso de incomparecencia injustificada el tribunal podrá acordar motivadamente su detención y el cumplimiento de la pena.

Con respecto a la segunda cuestión debatida en la sentencia, el TC, después de subrayar la exigencia de un canon reforzado de motivación en todas las decisiones que afectan a la libertad del condenado, declara firmemente que «*ni la suspensión ni la revocación pueden condicionarse al pago de la responsabilidad civil cuando es imposible ese pago*» (FJ 4º). Pero lo que es más importante es que nuestro TC afirma claramente que la capacidad económica del penado no puede deducirse, sin más, del inicial compromiso de pago asumido en el momento de suspender la pena de prisión:

> *Este automatismo, sin previa audiencia al condenado, no resulta conforme con el canon de motivación reforzada que exige el tribunal en la adopción de este tipo de decisiones, dado el carácter basal de la efectiva capacidad para hacer frente a la responsabilidad civil como elemento que evita que la ejecución de la pena sirva para forzar los pagos de una persona de insuficiente solvencia y permite la funcionalidad de esta forma sustitutiva de la ejecución de la pena privativa de libertad en casos de insolvencia (...)*
>
> *Aunque no sea irrazonable considerar un indicio de la capacidad económica la asunción por el condenado de un concreto plan de pagos al tiempo de acordar la suspensión, ese indicio resulta insuficiente cuando se trata de verificar la existencia efectiva de dicho poder de pago como condición para revocar. Ciertamente, el art. 80.2.3ª CP exige al penado «asumir el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica», pero el plan de pago pudo asumirse, por ejemplo, en una confianza razonable de venir a mejor fortuna o de recibir ayuda externa -de la familia o de los amigos- para hacer frente a la deuda, confianza que luego se ha visto defraudada. Se trata de un indicio no concluyente de la real capacidad económica del sujeto incumplidor...* (FJ 5º).

Nuestro TC tiene razón en que el inicial compromiso de pago pudo asumirse, por ejemplo, en una confianza razonable de venir a mejor fortuna o recibir ayuda económica de terceros, pero en mi opinión olvida lo que con mayor probabilidad está detrás de tal compromiso: la presión de la efectiva aplicación de la pena de prisión para lograr con ello que el acusado se conforme. Lo que importa es procesar de forma rápida y «eficiente», para lo que se diseña el proceso de tal manera que la satisfacción de la responsabilidad civil no sea un obstáculo para la conformidad (no en vano, el sistema ya se ensayó con la introducción en la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de la conformidad premiada[3]). Si el penado tiene o no capacidad económica para hacer frente a dicha responsabilidad civil es así un tema que se traslada a un momento procesal que no entorpezca la conformidad: a la decisión posterior sobre la posible revocación de la suspensión de la pena. Por tanto, lo que los tribunales en ocasiones interpretan como una «burla» al sistema (asumir un compromiso de pago cuando se carece de capacidad económica), puede ser en realidad fruto de la propia presión del sistema para favorecer la conformidad.

---

[3] Vid. art. 801.3.: «*Para acordar, en su caso, la suspensión de la pena privativa de libertad bastará, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 81.3.ª del Código Penal, con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el juzgado de guardia fije*».

Así las cosas, por lo menos la STC que comentamos tiene el mérito de que no hace cargar sobre las espaldas del penado esa presión para conformarse (confórmate aunque seas insolvente y no puedas pagar la responsabilidad civil, y con ello te recompensamos con una suspensión de la pena de prisión que luego ya revocaremos...), lo cual sería de un cinismo jurídico bastante considerable.

Cuestión distinta es que quien sin duda paga el precio por el favorecimiento de la conformidad es la víctima del delito, que verá la razonable expectativa de ser indemnizada por los daños sufridos, que sin duda implica el compromiso de pago del penado, totalmente defraudada. Pero, ¿a quién le preocupa la víctima cuando se trata de procesar más rápidamente el ingente volumen de casos que maneja el sistema penal?

Daniel Varona

InDret
3.2022

Rosa Barceló Compte
Universitat de Barcelona

Gemma Rubio Gimeno
Universitat de Barcelona

La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto en la intersección de la DCD y la DCV

Sumario

La Directiva 2019/770, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro y contenidos digitales, ha significado un paso hacia adelante en la protección del consumidor en el contexto del mercado digital. El objeto principal de dicha directiva es la regulación específica de determinados aspectos de la contratación de suministro de contenidos y servicios digitales.
*La finalidad del trabajo que sigue es abordar, en primer lugar, la tipificación del contenido/servicio digital como objeto del contrato en la Directiva de contenidos y servicios digitales. Así, se afronta, especialmente, los supuestos de contenidos/servicios digitales que aparecen incorporados en un bien o que interconectan con el mismo (*smart goods*). El trabajo también incide en el análisis comparado entre los criterios de conformidad que afectan a los contenidos y servicios digitales (Directiva 2019/770) y los establecidos para los productos físicos (Directiva 2019/771).*

Abstract

Directive 2019/770 of 20 May on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services has been a step forward in consumer protection in the digital marketplace. The main purpose of this Directive is the specific regulation of certain aspects of contracts for the supply of digital content and services. The aim of this paper is to address the classification in the Directive of digital content/service as the object of the contract. As such, it deals in particular with cases of digital content/services that are embedded in or that inter-connect with a good (smart goods). The work also focuses on the comparative analysis between the conformity criteria affecting digital content and services (Directive 2019/770) and those established for physical products (Directive 2019/771).

Title: *The conformity of goods with digital elements: a case at the intersection of the DCD and the SGD*

Palabras clave: contenido digital, servicio digital, conformidad, bienes con elementos digitales, protección del consumidor
Keywords**:** *digital content, digital service, conformity, goods with digital elements, consumer's protection*

DOI: 10.31009/InDret.2022.i3.01

InDret

3.2022

Recepción
26/04/2022
-
Aceptación
28/05/2022
-

Índice

-

1. Introducción

2. El auge de los contratos para el suministro de contenidos y servicios digitales

3. El objeto híbrido de los contratos para el suministro de contenidos y servicios digitales: los bienes con elementos digitales

3.1.Los contenidos/servicios digitales interconectados (*embedded digital content*): la funcionalidad básica

3.2.Los contenidos/servicios digitales complementarios (*ancillary digital services*): la funcionalidad ampliada

3.3. Los contratos mixtos

3.4. Contratos mixtos vs ancillary digital services

4. Relevancia de la aplicación de la DCD o la DCV sobre los elementos digitales

5. Conclusiones

6. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

El objetivo principal de este trabajo es constatar, en primer lugar, el desarrollo y la evolución de la regulación de los contratos de suministro de contenido digital y para la compraventa de bienes culminado con la adopción de las Directivas de 2019 (Directiva 2019/770 y Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, respectivamente) (2). En segundo lugar, el artículo se propone examinar, con perspectiva crítica, la opción del legislador europeo de regular los supuestos de los denominados bienes con elementos digitales (que bautizaremos como modelos híbridos) bajo la luz de la Directiva 2019/771, relativa a la compraventa de bienes (3). La finalidad del presente trabajo es cuestionar, pues, el régimen legal que le es aplicable al contenido/servicio digital (elemento digital) que acompaña al bien tal y como está recogida por ambas Directivas y proponer una alternativa mediante una distinción que acogeremos entre elementos digitales que son indispensables para que el bien realice sus funciones -funcionalidad básica- (3.1) y elementos digitales que simplemente acompañan al bien complementándolo -funcionalidad ampliada - (3.2). La elección del tema surge tras el análisis comparado entre los criterios de conformidad que afectan a los contenidos y servicios digitales (Directiva 2019/770) y los establecidos para los productos físicos (Directiva 2019/771) (4).

2. El auge de los contratos para el suministro de contenidos y servicios digitales

Es bien sabido que la UE se ha propuesto como objetivo la mejora del funcionamiento del mercado interior con el fin de dar una respuesta satisfactoria a los múltiples desafíos planteados en la actualidad por una economía cada vez más basada en la tecnología[1].

Así, si atendemos a la regulación de la Directivas 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro y contenidos digitales (en adelante, DCD) y la Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (en adelante, DCV), observamos que prestan especial atención a las implicaciones jurídicas de la conformidad de los bienes digitalizados[2]. Al régimen jurídico de estos centraremos buena parte de las siguientes páginas.

En primer lugar, constatamos que la DCV acoge el ámbito de aplicación establecido 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. Así, el fracaso de la adopción de un Derecho común europeo de la compraventa (CESL) dirigió los esfuerzos del legislador hacia la adopción de las mencionadas Directivas[3] que abren una nueva etapa en el

*Esta publicación es parte del Proyecto de I+D+I (PID 2019-107195RB-I009) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación: Cumplimiento de los contratos y realidad digital: la adaptación del derecho contractual para la prevención de conflictos transfronterizos. PID 2019-107195RB-I00.

[1]Así lo expresa el cdo 1 de la Directiva 2019/771, de 19 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes.

[2] Uno de los productos más vendidos el CyberMonday de Amazon 2020 del año fue el Apple Watch. El Apple Watch es, en esencia, un bien digitalizado que maximiza sus funciones mediante una aplicación que permite enlazar el reloj con el teléfono inteligente.

[3] Sobre las implicaciones que tuvo en la DCD el concepto de contenido digital en el CESL véase SPINDLER, «Implicaciones para los servicios de contenidos digitales de la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común

Derecho privado europeo: la transición hacia un Derecho de la economía digital[4]. En segundo lugar, y por su parte, la DCD tiene como objetivo el establecimiento de un marco contractual para el suministro de los contenidos y servicios digitales[5].

De este modo, la DCD dimensiona el objeto del contrato situándolo en el centro de su atención[6]: así, el contenido o servicio digital (que se enunciaba en el decaído proyecto del CESL)[7] ha cristalizado, finalmente, en un texto positivo cuya transposición en el Derecho nacional debía producirse antes del 1 de julio de 2021[8]. La revolución digital en el seno del Derecho contractual europeo se sitúa pues, en la actualidad, en la regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales[9]. Asimismo, la DCD tiene como objetivo principal armonizar las normas sobre la conformidad de los contenidos/servicios digitales con el contrato y las medidas correctoras en caso de falta de conformidad[10].

---

de la compraventa», en ARROYO AMAYUELAS/CÁMARA LAPUENTE (eds.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 457.

[4] Véase STAUDENMAYER, «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *European Review of Private Law* (ERPL) 2, 2020, p. 220. Con relación al contexto en el que se concibieron las dos directivas, véase LOOS, «Not Good but Certainly Content. The Proposals for European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content», en CLAEYS/TERRYN (eds.), *Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 4 s. Ejemplos de este tránsito hacia el Derecho de la economía digital son la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades. También, el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.

[5] EL CESL presagió y abordó expresamente la materia de los contenidos digitales en el art. 2, letra j, de la siguiente forma: «son contenidos digitales: los datos producidos y suministrados en formato digital, siguiendo o no las especificaciones del consumidor, incluidos los contenidos videográficos, sonoros, fotográficos o escritos: los juegos digitales; los programas informáticos; y los contenidos digitales que permitan personalizar equipos o programas informáticos».

[6] Si comparamos la DCD con la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (en adelante, DDC), esta última destaca por el establecimiento de la información precontractual que el empresario debe facilitar al consumidor en los contratos a distancia y en los contratos fuera de establecimiento, así como en los contratos distintos a estos. Es decir, la Directiva sobre los derechos de los consumidores dirige su atención a la formación de un consentimiento informado. Por el contrario, como se ha visto, la DCD -más allá de que establezca normas armonizadas con relación a la conformidad-, acoge la necesidad de establecer normas específicamente para el suministro de contenidos y servicios digitales.

[7] Véase un resumen del origen más remoto que antecede a la DCD en 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, pp. 9 - 10.

[8] Por ahora, los Estados Miembros que han afrontado la transposición de la DCD en su ordenamiento interno son los siguientes: Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Alemania, Estonia, España, Francia, Croacia, Italia, Chipre, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumania y Finlandia.

[9] SCHULZE, «Supply of Digital Content. A New Challenge for European Contract Law», en DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 127 s.

[10] El concepto de contenido digital se aborda también en la DDC que lo define como aquellos datos producidos y suministrados en formato digital (art. 2.11 y cdo 19); si el contenido digital es suministrado a través de soporte material, debe considerarse un bien a efectos de aplicación de dicha directiva. Ello cambia, como veremos, con la DCD, cfr. cdo 20. Con relación a ello, la doctrina promulgaba la necesidad que el CESL cubriera el suministro de contenido digital con independencia de si el soporte era un bien tangible o si había sido suministrado online, véase PLAZA PENADÉS, «Contract for the Supply of Digital Content», en PLAZA PENADÉS/MARTÍNEZ VELENCOSO, *European Perspectives on the Common European Sales Law,* Springer International Publishing Switzerland, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2015, p. 207. En el Derecho español, el Real Decreto Ley 7/2021, de 27

Cabe señalar que la regulación contenida en la DCD supera la tradicional distinción bienes/servicios y aboga por la promulgación de una categoría *ad hoc* de contenidos y servicios digitales, asimilando a contenido digital aquellos bienes que únicamente sirven como portadores del contenido digital (cdo 13)[11].

Recientemente, la Directiva 2019/2161/UE, de 27 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, impone la obligación de armonizar los conceptos de contenido y servicio digital de la DDC con los de la DCD. Como veremos, los bienes con elementos digitales (*todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones, ex* art. 2.3 DCD) pasan a formar parte, así, de cualquier tipo de compraventa de consumo (cfr. art. 2.3 DDC, tras la modificación de la Directiva 2019/2161). El Ordenamiento jurídico español ha incorporado la Directiva 2019/2161 mediante un real decreto ómnibus, el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes.

Huelga decir que el concepto que acoge la DCD de contenido/servicio digital es lo suficientemente holgado para cubrir el desarrollo tecnológico sin que el mismo quede obsoleto (por lo tanto, que sea «*future-proof*»). De este modo el art. 2 mantiene la definición establecida por la DDC de contenido digital, pero la novedad en el texto del 2019 es la incorporación del concepto de servicio digital, definido alternativamente como un servicio que permita al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital o un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de este servicio o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos[12]. La primera categoría nos hace pensar en los servicios de almacenamiento en nube, como puede ser el iCloud. Con

---

de abril de 2021, ha transpuesto ambas directivas de 2019; véase el comentario que hace con relación a ello ARROYO AMAYUELAS, «Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 41, 2022, pp. 1 s. También, FERRER GUARDIOLA, «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 4, 2021, pp. 161-226. El legislador catalán, mediante el Decreto ley 27/2021, de 14 de diciembre, ha incorporado ambas Directivas en el Libro Sexto del Código civil de Cataluña. Con relación a ello, es de obligatoria lectura el artículo de ARNAU RAVENTÓS/GRAMUNT FOMBUENA, «Cap a un Dret català conforme a les Directives (UE) 2019/770 i 2019/771», InDret 1, 2022, pp. 171 s.

[11] Sobre el concepto de contenido digital en el marco del Derecho europeo véase la reciente sentencia del TJUE Caso EU contra PE Digital GmbH, Caso C-641/19, ECLI:EU:C:2020:808.

[12] Sobre los conceptos de contenido y servicio digital en la DCD véase MISCHAU, «The Concept of Digital Content and Digital Services in European Contract Law», *Journal of European Consumer and Market Law* (EuCML), 1/2022, pp. 6-13.

relación a los segundos, el legislador hace referencia a redes sociales como Facebook, Twitter o Instagram[13].

El legislador comunitario, a raíz de la aprobación de la DCD, establece un derecho contractual propio con relación a un determinado objeto: el contenido/servicio digital. El cdo 19 imprime una lista abierta ejemplificando el concepto de contenido/servicio digital (tales como aplicaciones, programas informáticos, libros electrónicos, servicios que permitan la creación, tratamiento y almacenamiento de datos en forma digital, etc.) y subraya que la Directiva se aplicará con independencia del soporte utilizado para la transmisión (o para dar acceso) de/a los contenidos/servicios digitales[14]. Es decir, la Directiva sólo será aplicable al soporte del contenido/servicio digital cuando el mismo se utilice exclusivamente como portador o soporte del mismo[15].

Dicho todo lo cual, y a nuestro modo de ver, la DCD establece normas comunes sobre determinados requisitos relativos a los contratos de consumo para el suministro de contenidos o servicios digitales y construye un régimen jurídico a partir del objeto del contrato que incluso puede llegar a tipificar el negocio. La categoría de objeto del contrato adquiere, así, entidad propia en la regulación que se analiza. Destacamos esta idea porque el objeto solo puntualmente es determinante del régimen jurídico del contrato. Ello sucede en otros supuestos como en materia de cesión de créditos o de venta de inmuebles, por ejemplo[16].

A continuación nos centraremos en el contenido/servicio digital como objeto del contrato y concretamente, en aquellos modelos híbridos en que el contenido/servicio digital acompaña a un bien.

3. El objeto híbrido de los contratos para el suministro de contenidos y servicios digitales: los bienes con elementos digitales

Como se afirma en el preámbulo de la DCV, la evolución tecnológica ha dado lugar a un incremento del mercado de bienes que incorporan contenidos o servicios digitales o que están

[13] La DCD no debe aplicarse a los servicios de acceso a internet (cdo 19). Se excluye también el Internet de las cosas. Dicha opción es objeto de crítica por parte de la doctrina. Véase al respecto MAK, «The New Proposals for Harmonised Rules on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content. Workshop for the Juri Committee», European Parliament, 2016, pp. 8-9 (https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6cfb903b-c295-11e6-a6db-01aa75ed71a1), más cuando los bienes con elementos digitales se asimilan, en cierto sentido, al Internet de las cosas. La definición de servicio digital permite acoger determinados objetos que coleccionan datos de los consumidores, por ejemplo, un contador inteligente como el siguiente software que funciona con una aplicación y permite controlar la energía consumida por los dispositivos que tenemos en casa (nevera, calefacción, etc): https://qubino.com/smart-energy-meters/ .

[14] Si bien la misma no se aplicará en aquellos casos en los que el objeto principal del contrato sea la prestación de servicios profesionales, como los de traducción, arquitectura, asesoramiento jurídico, etc, que el empresario suele realizar personalmente, independientemente de que haya utilizado medios digitales para obtener el producto o entregarlo al consumidor (cdo 27 y art. 3.5 DCD).

[15] STRAETMANS/ MEYS, «The New Proposals for Directives Concerning Digital Content and Online/Distance Sales: What Impact on Consumer Protection?», en CLAEYS/TERRYN (eds.), *Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2017, p. 318.

[16] Este régimen jurídico se identifica en otros ámbitos tradicionales del Derecho civil. Así, por ejemplo, el CCCat, en su Libro VI, establece normas específicas para la compraventa de inmuebles (arts. 621-49 a 621-54).

interconectados con ellos[17]. Ello nos lleva a cuestionar cuál debe ser el régimen jurídico aplicable cuando el objeto del contrato es híbrido: bien y contenido/servicio digital[18].

Que la DCV y la DCD deben complementarse se destaca en los preámbulos de ambas directivas (cdo 13 DCV y cdo 20 DCD). Así, los bienes con elementos digitales (pensemos en los *smart goods* tipo un televisor inteligente o un reloj deportivo) según la definición dada por ambas directivas, caerían bajo la aplicación de la DCV (así, cdos 14, 15 y 16 y arts. 3.3 DCV y cdos 21 y 22 y art. 3.4 DCD), si encajan con la definición propuesta por las mismas.

Ambas Directivas incorporan la definición de bienes con elementos digitales (art. 2.5 b DCV y art. 2.3 DCD). Según la regulación contenida en el texto actual de las Directivas, a los bienes con elementos digitales (*todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones*), les será de aplicación la DCV (así, cdo 21 DCD, art. 2.3 DCD, cdo 15 DCV y art. 3.3 DCV). Por el contrario, si el componente digital no impide que el bien realice sus funciones o se ha suministrado al consumidor mediante un contrato aparte, será la DCD la normativa de aplicación a dicho elemento digital, aunque interconecte con el bien.

Incidiremos de forma extensa en este trabajo que la aplicación de la DCV sobre los elementos digitales (ya sea contenido o servicio digital) es cuestionable. En muchos casos y como veremos más adelante (3.2), el elemento digital interconectado con el bien o incorporado a él, mejora, amplia o intensifica la función principal del bien y no impide que los bienes realicen sus funciones. Por ello, consideramos oportuno hacer una doble distinción dentro de la categoría de los bienes con elementos digitales, distinción que no aparece en el texto de la Directivas.

A los efectos de nuestra investigación, dividiremos el concepto de bienes con elementos digitales (entendiéndose como elementos tanto los contenidos como los servicios digitales) en dos subconceptos[19]:

> A) los bienes con elementos digitales interconectados (*goods with embedded digital content*[20]), en los que el contenido/servicio digital aparece incrustado/interconectado con el bien (o preinstalado por el productor) y que es indispensable para el funcionamiento del bien; un contenido digital que afecta, pues, a la funcionalidad básica de dicho bien, y

[17] Cdo 5 DCV.

[18] Piénsese que la mayoría de bienes de consumo son o serán a largo plazo *smart goods*, FERNÁNDEZ CHACÓN, «El ámbito material de 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, Cizur Menor, 2020, p. 571.

[19] Estos dos subconceptos o dos denominaciones/nomenclaturas son nuestras, no se encuentran en el texto de las Directivas de 2019.

[20] Esta era la nomenclatura existente en la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, COM/2015/0634 final. Así, el cdo 11 *in fine* rezaba así (en la versión inglesa): «However this Directive (DCD) should not apply to digital content which <u>is embedded</u> in goods in such a way that it operates as an integral part of the goods and its functions are subordinate to the main functionalities of the goods» (el subrayado es nuestro). También la que utilizaba el Parlamento Europeo (STAUDENMAYER, «Art. 3. Scope», en SCHULZE/STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Beck Nomos Hart, Baden-Baden, 2020, p. 76.

B) los bienes con elementos digitales auxiliares *(goods with ancillary digital services*[21]), en los que el contenido/servicio digital complementa al bien[22], siendo responsable, se diría, de una funcionalidad ampliada de aquél, o formando, con el mismo, un vínculo menos indisoluble del que puede estar presente en la categoría definida arriba como *embedded digital content*[23].

La definición que proponen las Directivas de 2019 de bienes con elementos digitales se incardinaría únicamente en la que en nuestra propuesta denominamos *goods with embedded digital content*. Sin embargo, de los ejemplos incorporados por los considerandos de ambas Directivas, parece que el legislador hace recaer sobre cualquier elemento digital que acompaña al bien la regulación de la DCV. A continuación, analizaremos los supuestos de elementos digitales que aparecen insertados en el bien y que son indispensables para su funcionalidad básica, los que hemos denominado como *embedded digital content* (3.1). Más adelante examinaremos, también, los supuestos en los que el elemento digital amplía la función del bien, a los que hemos bautizado como *ancillary digital services*, (3.2) y que bajo nuestro punto de vista escaparían de la definición de bienes con elementos digitales propuesta por las Directivas (y por lo tanto, el régimen legal de aplicación sobre el elemento digital sería la DCD y no la DCV- en nuestra propuesta-. A todo ello dedicaremos los siguientes párrafos.

3.1. Los contenidos/servicios digitales interconectados (*embedded digital content*): la funcionalidad básica

El cdo 21 de la DCD señala que el concepto de bienes con elementos digitales debe referirse a bienes que incorporen contenidos o servicios digitales o que estén interconectados[24] con ellos de tal manera que la ausencia de dicho contenido o servicio digital impediría que los bienes cumpliesen su función[25]. Estos contenidos/servicios digitales quedan excluidos del ámbito de aplicación de la DCD; es decir, el contenido digital, insertado en el bien, caerá bajo la aplicación de la DCV si se facilita con los bienes en virtud de un contrato de compraventa relativo a esos bienes[26]. Estos contenidos digitales interconectados en los bienes son lo que hemos definido anteriormente como *embedded digital content*[27].

---

[21] Dicha nomenclatura es utilizada por SEIN/SPINDLER, «The New Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services- Scope of Application and Trader's Obligation to Supply- Part 1», *European Review of Contract Law* (ERCL) 15, 3, 2019, pp. 269 s.

[22] Bien como objeto mueble tangible según la definición del art. 2.5 DCV.

[23] Así, STAUDENMAYER, SCHULZE/STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, 2020, p. 61, señala que durante el proceso legislativo no estaba claro qué régimen legal debía ser el encargado de regular los bienes con elementos digitales, abogando el Parlamento Europeo por la inclusión de los mismos en la normativa de contenidos digitales.

[24] Sobre la integración y la interconexión véase la referencia en el cdo 11 de la Propuesta de Directiva de contenidos digitales, COM (2015) 634 final.

[25] Véase también los cdos 10, 14 y 15 de la DCV. Una comparación de ambas directivas la encontramos en VANHERPE, «White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content», *European Review of Private Law* (ERPL) 2, 2020, pp. 251–274.

[26] En relación con el concepto de bienes con elementos digitales en la propuesta de Directiva, véase STRAETMANS/MEYS, CLAEYS/TERRYN (eds.), *Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level*, 2017, pp. 318-320.

[27] Sobre los «goods with embedded digital content» véase, especialmente, SEIN, «What Rules Should Apply to Smart Consumer Goods?», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* (JIPITEC), 8, 2, 2017, pp. 96-110.

Así pues, abordaremos a continuación cuál es el régimen legal de los *smart goods* (incluyendo el contenido digital). Por ejemplo, piénsese en un iPhone y en su sistema operativo; la ausencia del sistema operativo impediría que el iPhone cumpliera su función. Siguiendo con el ejemplo del iPhone, el sistema de desbloqueo que incorpora el mismo también encaja con la definición de *embedded digital content* que proponemos. Estos constituyen ejemplos de elementos digitales cuya ausencia impediría que los bienes cumpliesen su función. Más allá de la telefonía móvil, podemos pensar en el sistema de asistencia al conductor que incorpore un vehículo[28]; también afecta a la funcionalidad del bien, el coche, y, por lo tanto, encaja en la definición propuesta y, en consecuencia, caería bajo la aplicación de la DCV. Otro ejemplo muy relevante que calificaríamos de bien con elemento digital por estar este interconectado y por afectar el mismo a la funcionalidad básica del bien es el *software* que instaló Volkswagen que generó el ruido mediático del *Dieselgate*[29]. El software en cuestión, que falseó durante años los resultados del examen de partículas de óxido de nitrógeno (NOx), formaba parte de la electrónica básica del coche (afectando así a la potencia del coche) y, por lo tanto, no cabe duda de que en dichos casos estamos ante un bien con elemento digital tal y como lo define el art. 2.5 DCV[30].

Sin embargo, ¿podemos decir lo mismo de la calculadora preinstalada en el iPhone? ¿O del sistema de navegación (*Navi System*) del nuevo Seat León? Con relación a estos últimos, ¿impide su ausencia que el bien ejecute su función o su presencia maximiza la utilidad del bien y, por lo tanto, lo complementa y/o amplía su funcionalidad?

Como venimos diciendo, la regla general es que los bienes con elementos digitales caen bajo el ámbito de aplicación de la DCV [cfr. arts. 3 (4) DCD y art. 3 (3) DCV], siempre que los mismos sean indispensables para la funcionalidad del bien y se hayan transmitido junto con el contrato de compraventa relativo a dicho bien. Nótese que estos dos aspectos a los que debe atender el contenido digital -cumulativamente- para quedar excluido de la DCD no se desprenden del propio articulado de las Directivas sino de los referidos cdos. 21 y 22.

A pesar del tenor literal del artículo, se prescinde de la integración/interconexión y lo que trasciende es la dependencia funcional, de tal modo que la ausencia de dichos contenidos/servicios digitales no permitiría que los bienes realizasen sus funciones (art. 2.3 DCD)[31].

Que el contenido digital se haya facilitado con los bienes en virtud de un contrato de compraventa relativo a esos bienes[32] dependerá del contenido del mismo (ello también se

---

[28] Que no deja de ser un primer paso hacia la conducción autónoma: https://www.seat.es/sobre-seat/noticias/coches/nuevo-leon-asistente-avanzado.html.

[29] Véase la SJM, 1, Madrid, ECLI:ES:JMM:2021:4, en la que se estima la demanda colectiva presentada por la OCU contra Volkswagen/Audi España, S.A.

[30] El art. 2 (5)(b) DCV considera bienes todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones.

[31] En opinión de FERNÁNDEZ CHACÓN/FERNÁNDEZ VILLAZÓN (Coord.), *Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2020, p. 573, ambos requisitos no funcionan de forma cumulativa. Entendemos que ello no es así tal y como se expone en el art. 3.4 DCD. En esta misma línea, SEIN/SPINDLER, ERCL, 15, 3, 2019, pp. 269-270.

[32] Señala el art. 3.3 DCV que si existe duda respecto de si el suministro de un contenido o servicio digital incorporado a un bien o interconectado con él forma o no parte del contrato de compraventa, se presumirá que sí.

aplicará a los contenidos o servicios digitales incorporados o interconectados cuyo suministro se requiera expresamente en el contrato). Por poner un ejemplo: uno puede adquirir un teléfono inteligente sin sistema operativo (por lo tanto, *hardware* sin *software*)[33].

Sigue señalando el cdo 21 DCD que la DCV debe comprender, también, «*aquellos contratos de compraventa que puedan interpretarse de modo que comprendan el suministro de contenidos o servicios digitales específicos porque estos normalmente están incluidos en bienes del mismo tipo y el consumidor puede razonablemente esperar a que lo estén dada la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta toda declaración pública realizada por el vendedor o por su cuenta, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor*»[34]. La Directiva pone el ejemplo del televisor inteligente que se publicita con una aplicación de vídeo concreta, en cuyo caso la aplicación formaría parte del contenido del contrato de compraventa[35].

Otro ejemplo incorporado por ambas directivas como bien con elemento digital es el reloj inteligente deportivo: el propio reloj sería el bien con elementos digitales que únicamente puede cumplir sus funciones con una aplicación que se suministra en virtud del contrato de compraventa pero que el consumidor tiene que descargar en un teléfono inteligente: la aplicación sería entonces el elemento digital interconectado (así, cdo 21 DCD). No obstante, no compartimos dicho posicionamiento: la ausencia de la instalación de la aplicación en el teléfono inteligente no impide el funcionamiento del reloj deportivo. Sin embargo, ¿debe el consumidor razonablemente esperar que la aplicación sea suministrada junto con el contrato de compraventa del reloj inteligente? En caso de duda respecto de si el suministro del contenido/servicio digital forma o no parte del contrato de compraventa del bien, las Directivas optan por presumir que forman parte de él y aplicar la DCV (ex arts. 3.3 DCV y 3.4 DCD). Ahora bien, si nos fijamos, por ejemplo, en el reloj inteligente *Garmin*[36], este no pierde funcionalidad sin la aplicación que después el consumidor instala en el teléfono móvil (la aplicación, en cualquier caso, maximiza las funciones del reloj inteligente[37]).

En el seno del Parlamento Europeo, la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales (COM/2015/0634 final) fue examinada conjuntamente por dos comisiones, la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor y la Comisión de Asuntos Jurídicos, que en un principio eran contrarios a la solución incorporada por la propuesta, aunque finalmente convinieron que los elementos digitales

[33] Así, el teléfono PinePhone no lleva ningún sistema operativo preinstalado, y será el usuario el que tendrá que instalarlo manualmente.

[34] Téngase presente que ello está establecido en el preámbulo (el valor jurídico del cual no es dispositivo, simplemente interpretativo) y no en el cuerpo del articulado.

[35] Aunque el suministro del contenido digital en el seno del contrato de compraventa en dicho caso viene determinado por la integración de la publicidad en el contrato (art. 61 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).

[36] Véase: https://buy.garmin.com/es-ES/ES/wellness/relojes/c10001-c10002-p1.html.

[37] Así lo advierte también FERNÁNDEZ CHACÓN/FERNÁNDEZ VILLAZÓN (Coord.), *Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2020, pp. 573-574. Por todo ello considera dicho autor que la funcionalidad a la que hace referencia el art. 2.3 DCD no es una funcionalidad entendida en abstracto sino teniendo en cuenta el contenido del particular contrato de compraventa celebrado.

insertados en bienes quedaran fuera del ámbito de aplicación de la DCD y que, por lo tanto, se sometieran al ámbito de aplicación de la DCV[38].

Determinar si los contenidos/servicios digitales contratados están o no incorporados o interconectados con el bien, cuya funcionalidad depende en mayor o menor grado de dichos elementos digitales es una cuestión que dependerá de las circunstancias del caso concreto (es decir, en primer lugar, cabrá ver si el contrato de compraventa del bien arroja dudas o no sobre este extremo y en el caso de que este no fuera claro, habrá que estar a lo razonablemente esperable, por lo tanto, al criterio objetivo incorporado por el cdo 21 DCD)[39]. Por lo tanto, el criterio funcional se asocia indisolublemente con la dimensión contractual.

Como se ha dicho, hay ejemplos claros de bienes con elementos digitales sin los cuales los primeros no funcionan adecuadamente (el sistema operativo del iPhone) pero habrá otros que plantearán más dudas (por ejemplo, la calculadora o la alarma preinstalada de un teléfono inteligente, aunque estos sí pueda esperarse razonablemente que formen parte del bien, tal y como se expresa el cdo 21, a pesar de que no cumplen estrictamente con el criterio de la funcionalidad).

Por el contrario, si la ausencia de contenidos o servicios digitales incorporados o interconectados no impidiera que los bienes realizaren sus funciones o si el consumidor celebrare un contrato para el suministro de contenidos/servicios digitales que no formara parte de un contrato de compraventa de bienes con elementos digitales, ese contrato debería considerarse independiente del contrato de compraventa de bienes, aunque el vendedor actuara como intermediario de ese segundo contrato con el suministrador tercero, y entraría -este último- bajo el ámbito de aplicación de la DCD.

Como ya hemos visto, la frontera entre el contenido digital puramente esencial para bien al que acompaña (lo que en nuestra propuesta se denomina *embedded digital content*) y aquellos que son complementarios no es fácil de trazar: pensemos, por ejemplo, en el sistema de navegación del coche (así, el *Navi System* del nuevo Seat León). A ello dedicaremos el siguiente epígrafe.

En conclusión, el legislador comunitario apuesta por el argumento funcional, y vincula contenidos/servicios digitales con el régimen del bien al que están integrados. Ello nos obliga a constatar una suerte de vinculación inescindible que afecta, propiamente, a la categoría que hemos denominado como *embedded digital content*, y que es más discutible en los contenidos/servicios digitales meramente complementarios (*ancillary digital services,* en la nomenclatura de nuestra propuesta) que examinaremos a continuación.

---

[38] Véase la opinión manifestada de las dos comisiones del Parlamento en: https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-connected-digital-single-market/file-jd-digital-content-and-digital-services, (consultado el 24 de febrero de 2022).

[39] 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, *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Col·legi de Notaris de Catalunya, Madrid, 2020, p. 83. Sin embargo, este test de funcionalidad objetiva es difícil de determinar ante la evolución rápida de los productos digitalizados. Mientras estos estándares objetivos no se determinen, serán los criterios subjetivos (lo establecido por el contrato incluyendo la información precontractual) los que acabarán determinando la aplicación de una normativa u otra, así, SEIN/SPINDLER, ERCL, 15, 3, 2019, pp. 272-273.

3.2. Los contenidos/servicios digitales complementarios (*ancillary digital services*): la funcionalidad ampliada

En los párrafos precedentes hemos analizado la definición de bienes con elementos digitales propuesta por ambas Directivas de 2019 habiendo cuestionado los ejemplos empleados por los dos textos legales que caerían bajo dicha nomenclatura. Esta categoría legal de bienes con elementos digitales, en las Directivas, integra tanto los ejemplos en los que el elemento digital complementa al bien (lo que nosotros denominamos *embedded digital content*) como los supuestos en los que amplía su función (bajo la nomenclatura que proponemos, los *ancillary digital services*).

Bajo nuestro punto de vista, ello es cuestionable (en el epígrafe siguiente -4- veremos por qué es preferible que los supuestos que hemos denominado como *ancillary* se regulen por la DCD y no por la DCV) ya que la categoría de bienes con elementos digitales únicamente debería integrar los supuestos en los que el elemento digital es indispensable para el bien, es decir, los ejemplos de lo que hemos denominado *embedded digital content*.

A continuación desarrollaremos los supuestos de elementos digitales incorporados a un bien que tienen la finalidad de ampliar/complementar la función de este último, la ausencia de los cuales no impediría que el bien realizase sus funciones.

Según el art. 3. 4 DCD, como venimos diciendo, la DCD no se aplicará a los contenidos o servicios digitales que estén incorporados a los bienes o interconectados con ellos (en el sentido que la ausencia de dichos contenidos/servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones), y que se suministren con los bienes con arreglo a un contrato de compraventa relativo a dichos bienes.

Sin embargo, si el contenido/servicio digital que complementa al bien no impide que el mismo realice sus funciones, pero se ha suministrado con arreglo al contrato de compraventa relativo al bien, ¿cuál es el régimen legal que le será aplicable? Nos encontramos ante una zona gris, no resuelta por la Directiva[40]. Un contenido/servicio interconectado que permite, pues, una funcionalidad ampliada del bien. Recordemos que la aplicación de la DCV exige, como señala el art. 3.3 DCV, que haya un contrato en virtud del cual el empresario suministra contenidos o servicios digitales al consumidor que paga un precio[41].

¿Quién es el responsable si falla el sistema de navegación del coche?[42] ¿Quién debe proporcionar las actualizaciones del mismo? Se puede decir que el *software* es una parte integrante del coche; dicho contenido digital, ¿está subordinado al coche, bien mueble tangible? El Seat León puede

---

[40] SEIN/SPLINDER, ERCL, 15, 3, 2019, p. 269-274. Para dichos autores ambos (tanto los *embedded* como los *ancillary*) caerían bajo el ámbito de aplicación de la DCV, siempre que, con relación a estos últimos, se cumplieran los dos requisitos exigidos: que el elemento digital esté conectado de tal forma que su ausencia impediría que el bien ejecutara sus funciones y que se haya transmitido junto con el mismo contrato de compraventa del bien.

[41] Con relación a ello, KALAMEES/SEIN, «Connected Consumer Goods: Who Is Liable for Defects in the Ancillary Digital Service?», *Journal of European Consumer and Market Law* (EuCML), 1, 2019, pp. 13 s. sugieren utilizar una aplicación analógica a la del art. 15 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo.

[42] El consumidor dirigiría su reclamación contra el vendedor del coche, pero este tendría, a su favor, el derecho de repetición (art. 20 DCD) que le permitiría emprender acciones incluso contra el diseñador del contenido digital; así, MOŽINA, «Art. 20. Right of Redress», en STAUDENMAYER/SCHULZE (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Hart Beck Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 327.

funcionar sin el *Navi System*; así pues, ¿se aplica la DCD sobre el *Navi System*?[43] ¿O aplicando el criterio de lo esperadamente razonable por el consumidor enunciado en el preámbulo, se aplica la DCV[44]?

Constatamos, además, que la aplicación de la DCD vendrá determinada por el contrato en virtud del cual el empresario se compromete a suministrar dicho contenido digital (art. 3.1 DCD). Se observa, por tanto, en el caso planteado (en el que hay un contrato de compraventa relativo a un coche inteligente, y en el que, además, hay un contenido/servicio digital interconectado a dicho bien y transmitido junto con el mismo contrato de compraventa pero que no afecta a la funcionalidad principal del bien) que la regulación tanto de la DCD como de la DCV no es del todo precisa siendo confuso el régimen legal aplicable.

El ejemplo del reloj de pulsera inteligente aparece resuelto en el cdo 15 DCV y cdo 21 DCD: «*otro ejemplo* (de bien con contenido digital que caería bajo la aplicación de la DCV) *podría ser un reloj de pulsera inteligente. En este caso, el propio reloj sería un bien con elementos digitales, que únicamente puede cumplir sus funciones con una aplicación que se suministra en virtud del contrato de compraventa, pero que el consumidor tiene que descargar en un teléfono inteligente: la aplicación sería entonces el elemento digital interconectado*» (el paréntesis es nuestro). Ello únicamente si la aplicación ha sido suministrada junto con el contrato de compraventa del bien. Qué sucede en caso contrario: ¿debemos recurrir a los criterios objetivos que hacen referencia a lo esperadamente razonable por el consumidor? Ello no se establece ni en la DCD ni en la DCV. Sin embargo, en caso de duda, y como señala el art. 3.3 DCV, se presume que el contenido digital sí que forma parte del contrato de compraventa del bien. Entonces el vendedor puede ser responsable por la no conformidad de la aplicación, permitiendo, en su caso y si procediese, una resolución del contrato con el correspondiente reembolso del precio pagado por el consumidor.

Es decir, según la regulación de ambas directivas, en los supuestos de bienes con elementos digitales (que insistimos, según lo recogido por ambas Directivas de 2019 comprenderían tanto los que hemos denominado *embedded* como los *ancillary*), el responsable de la falta de conformidad del contenido digital interconectado con el bien sería el vendedor (cdo 21 DCD y 15 DCV). Ello es cuestionable: el legislador hubiera podido plantear la posibilidad para el consumidor de reclamar directamente al suministrador del elemento digital incluido en el bien ya que difícilmente el vendedor será capaz de poner las actualizaciones, por ejemplo, en conformidad y el consumidor finalmente se verá forzado a acogerse al remedio resolutorio o al de la reducción del precio[45].

Es cuestionable la aplicación de la DCV a los bienes con elementos digitales. Es difícil prever ahora mismo el grado de innovación que acompañará a los bienes inteligentes. En muchas ocasiones, lo relevante no es el bien sino el contenido digital que aquél incorpora. Además,

---

[43] GEIREGAT/ STEENNOT, «Proposal for a Directive on Digital Content. Scope of Application and Liability for a Lack of Conformity», en CLAEYS/TERRYN (eds.) *Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 114 - 115. Dichos autores entienden que la DCD no sería aplicable en el ejemplo citado arriba en el texto.

[44] Nótese además que en los casos de bienes con elementos digitales, ya sean *embedded* o *ancillary*, entrarán en juego no sólo el vendedor del bien sino también el suministrador del contenido digital y el productor de los bienes adquiridos, así WENDEHORST, «Sale of Goods and Supply of Digital Content - Two Worlds Apart? Study for the Juri Committee», European Parliament, 2016, p. 6.

[45] 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», *Diario La Ley* 9881, 2021, p. 12.

tampoco es fácil determinar cuál es el grado de vinculación entre bien y contenido/servicio digital ni cuál es el nivel de funcionalidad del bien sin el contenido/servicio digital.

En esta tesitura, ambas Directivas del año 2019 se inclinan, también con relación a los contenidos/servicios digitales complementarios (los *ancillary digital services* en la nomenclatura propuesta) del bien, a transitar su régimen junto con el del bien, y, por lo tanto, a aplicar la DCV. Ello lo vemos en el preámbulo, en el cdo 21 DCD, y en el ejemplo propuesto por el legislador comunitario relativo al reloj inteligente. Si la duda reside en determinar cuál es el parámetro de funcionalidad normal/básica del bien, deberíamos recurrir a los criterios objetivos establecidos en el cdo 21 de la DCD; así, si razonablemente puede o no esperar el consumidor medio que estén incorporados dichos contenidos digitales junto con el bien. ¿Qué contenidos/servicios digitales puede esperarse razonablemente que estén interconectados con el coche? No están establecidos dichos estándares objetivos y, en consecuencia, serán los criterios subjetivos (por lo tanto, la información precontractual y aquello que finalmente se incorpore en el contrato) los que permitirán resolver, finalmente, la duda[46].

Alguna doctrina ha sido partidaria de «separar» el contrato; es decir, bien y contenido/servicio digital caerían bajo la aplicación de las respectivas directivas[47]. El *European Law Institute* propuso la aplicación de ambas Directivas en los casos de bienes con elementos digitales, de tal forma que los criterios de conformidad de la DCV se aplicarían sobre el *hardware* mientras que los establecidos por la DCD sobre el contenido digital (*software*)[48]; además, también se proponía que cualquier falta de conformidad del contenido digital implicara, automáticamente, una falta de conformidad del bien. Similar es la opción escogida por el legislador británico en *el UK Consumer Rights Act 2015*, Sección 16[49].

En nuestra opinión, en los casos en los que el contenido/servicio digital participe únicamente de la funcionalidad ampliada del bien, debería ser la DCD la normativa de aplicación pues, como veremos más adelante, la regulación de la conformidad en ambas Directivas no es exactamente igual (4) y la DCD incorpora un apartado relativo a la modificación del contenido/servicio digital (art. 19) que ampara al empresario a realizar modificaciones en las características principales de los contenidos/servicios digitales permitiendo, a su vez, que el consumidor pueda resolver el contrato si dicha modificación afecta negativamente el uso de los contenidos/servicios digitales o su acceso de forma notable[50]. Además, es evidente que el desarrollo tecnológico cada vez incorporará más productos digitalizados en el mercado y es la faceta digital (en el caso de los

---

[46] Así, SEIN/SPINDLER, ERCL, 15, 3, 2019, p. 273.

[47] GEIREGAT/ STEENNOT, CLAEYS/TERRYN (eds.) Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level, 2017, p. 117.

[48] EUROPEAN LAW INSTITUTE, «Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers COM (2015) 634 Final», Vienna, 2016, p. 11, también establecía en dicho artículo que debía aceptarse que las normas sobre la carga de la prueba y los remedios serían diferentes dependiendo de si era el hardware o el software del bien inteligente el que no era conforme con el contrato.

[49] La Sección 16 del UK Consumer Rights Act 2015 reza así: Goods not conforming to contract if digital content does not conform: (1) Goods (whether or not they conform otherwise to a contract to supply goods) do not conform to it if— (a) the goods are an item that includes digital content, and (b) the digital content does not conform to the contract to supply that content (…)

[50] Lo determinante, bajo nuestro punto de vista, es cuál es la normativa de aplicación (DCD o DCV) sobre el contenido/servicio digital que acompaña al bien. Todo ello sin perjuicio de que la legitimación pasiva para dirigir la reclamación recaiga también sobre el vendedor.

smart goods) - que sufre más modificaciones y/o se actualiza más frecuentemente- la razón por la que, en muchos casos, el consumidor decide contratar o adquirir dicho bien inteligente[51]. Con relación a esta cuestión, más adelante en este trabajo se desarrollará con profundidad la relevancia de la aplicación de una normativa (DCD) u otra (DCV) sobre los elementos digitales que acompañan al bien para cuestionar el régimen actual que vehicula la mayoría de casos de elementos digitales, integrados o interconectados con el bien, al régimen de la DCV.

Asimismo, hubiera sido preferible, en los casos de falta de conformidad de los bienes con elementos digitales (ya fueran *embedded o ancillary)*, recurrir directamente a la DCD, salvo prueba en contrario de que la falta de conformidad obedeciere a un problema del *hardware*, recayendo la carga de la prueba sobre este último extremo en el empresario o vendedor[52]. A medio y largo plazo aparecerán bienes con elementos digitales que plantearán la dificultad de distinción entre los mismos y los contratos mixtos (a los que haremos referencia a continuación), dado el grado de interconexión que existe entre ambos. Es decir, no siempre es fácil distinguir el grado de dependencia entre el aspecto material y el digital y el recurso a peritajes resultará incompatible con unos costes razonables para hacer efectiva la conformidad.

¿Quién debe responder ante una falta de conformidad del contenido digital auxiliar o complementario? Si atendemos a la solución acogida por el legislador europeo se puede afirmar que, por ejemplo, el vendedor del coche podría responder ante una falta de conformidad del sistema de navegación del mismo (véase cdo 14 DCV). ¿Ello permitiría al consumidor dirigir, además o también, su reclamación contra el suministrador del contenido digital? ¿O sólo puede dirigir su reclamación ante el vendedor, y, en cualquier caso, este ya ejercerá el derecho de repetición previsto en los arts. 20 DCD y 18 DCV, según procediere?[53] Hoy por hoy, será el contenido del contrato el que deberá resolver la cuestión; si el contrato contempla que el vendedor es responsable ante una falta de conformidad del contenido digital, no habrá duda al respecto, pero en muchos casos dicha cuestión no aparecerá resuelta.

Nótese aquí que, sin embargo, el tránsito del contenido digital hacia el régimen del bien al que acompaña implicará que, ante una falta de conformidad del bien con elemento digital, el consumidor se dirija al vendedor del bien quien, en su caso, deberá reclamar a la persona responsable en la cadena de transacciones. Pensemos en un ejemplo ya citado: si el consumidor adquiere en una tienda un iPhone, en el que el *software* está preinstalado (IOS) y el mismo, tras una actualización provista por Apple, no es conforme, la DCV permite al consumidor reclamar al vendedor. El vendedor deberá repetir la acción contra Apple. Aquí se pone en evidencia la desigualdad en el poder de negociación que tendrá el vendedor con relación a Apple[54].

---

[51] Piénsese, por ejemplo, en el iPhone y en todas sus actualizaciones. El consumidor de Apple cambia constantemente de teléfono, no por el hardware-bien mueble- en sí, sino por todo el contenido digital que incorpora cada una de las nuevas versiones.

[52] Así lo señaló la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, partidaria de añadir al art. 3.3 de la Propuesta sobre la Directiva de contenidos digitales un apartado a) con el siguiente redactado: «This Directive shall apply to goods in which digital content is embedded unless the supplier proves that the lack of conformity lies in the hardware of the good», como se observa aquí: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CJ24-PR-592444_EN.pdf?redirect.

[53] SEIN/SPINDLER, ERCL, 15, 3, 2019, p. 273.

[54] VEREECKEN /WERBROUCK, «Goods with embedded software: consumer protection 2.0 in times of digital content?», *Indiana Int'l & Comp. Law Review* 30, 2019, p. 72. Nótese aquí que fue 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

El legislador británico hizo depender la conformidad del bien del contenido digital. En efecto, al art. 16 del *UK Consumer Rights Act* establece que los bienes no serán conformes si estos incluyen un contenido digital (interconectado) y el mismo no es conforme[55].

Otra posibilidad que hubiera permitido resolver de forma más coherente el régimen aplicable a los bienes con elementos digitales (*embedded* o *ancillary*) sería la establecida en la modalidad de contratos mixtos tal y como lo regula el DCFR. Analizaremos, en primer lugar, la categoría de contratos mixtos presente en la DCD para proceder, a continuación, a examinar cómo se establece dicha categoría en el DCFR.

3.3. Los contratos mixtos

El art. 3.6 DCD señala que, sin perjuicio de aquellos contenidos/servicios digitales que puedan considerarse como incorporados a los bienes a los que acompañan y que, por lo tanto y según lo ya señalado, caerían bajo el ámbito de aplicación de la DCV, cuando un único contrato entre el mismo empresario y el mismo consumidor incluya en un paquete elementos del suministro de contenidos o servicios digitales y elementos del suministro de otros servicios o bienes, la DCD sólo se aplicará a los elementos del contrato relativos a los contenidos o servicios digitales (cdo 33). Los demás elementos del contrato deberán regirse por las normas aplicables a dichos contratos en virtud del Derecho nacional (por ejemplo, si es un contrato de arrendamiento) o de otros actos de Derecho de la Unión que regulen un sector o una materia específicos (por ejemplo, contrato de compraventa de bienes). Ello hace referencia a la categoría de contratos mixtos a la que remite la pluralidad objetiva compleja. Dicha expresión es anticipada por ARNAU refiriéndose a supuestos en los que el objeto evoca prestaciones de diferente naturaleza[56] [57]. Así, un contrato con objeto plural comprendido por contenido/servicio digital y otras prestaciones.

Nótese que, en lo relativo a los contratos mixtos, el planteamiento del DCFR (art. II.-I:107) es diferente al de la DCD; así, podríamos decir que configura un modelo híbrido ya que aplica a cada parte del contrato las reglas pertinentes a la categoría a la que pertenece, excepto si una regla dispone que un contrato mixto debe considerarse como perteneciente a una categoría o una parte del contrato mixto es de hecho tan predominante que no sería razonable que el contrato no perteneciera principalmente a una categoría determinada. El CESL (art. 9.1) tomó una dirección similar, sin embargo, la regulación contenida en el DCFR es más compleja ya que este regula

---

de los bienes de consumo la que recalcó que fuera el vendedor el responsable directo ante el consumidor de la conformidad de los bienes con el contrato (cdo 9) y que, no obstante, el vendedor debería poder, conforme a la legislación nacional, entablar acciones contra el productor, el vendedor anterior o contra cualquier otro intermediario de la cadena contractual salvo que hubiese renunciado a ese derecho. Además, es preciso destacar que la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de noviembre de 2020 («Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores») propone estudiar, cuando se prepare la revisión de la Directiva (UE) 2019/771, la viabilidad de reforzar la posición de los vendedores con respecto a los fabricantes mediante la introducción de un mecanismo de responsabilidad conjunta fabricante-vendedor en el marco del sistema de garantía legal.

[55] Una de las opciones que podría plantearse, aunque ello escaparía el objeto del presente trabajo, sería la británica: la no conformidad del elemento digital que acompañase al bien (siguiendo nuestra propuesta, si fuera *ancillary*, con lo que sería la DCD la normativa de aplicación) resultare, también, en una falta de conformidad del bien; así lo señala el trabajo desarrollado por el EUROPEAN LAW INSTITUTE, p. 14. También propone que el consumidor pueda aprovecharse de los remedios existentes en la DCV. En materia de la carga de la prueba, sería el empresario el responsable de demostrar si es el bien o el elemento digital el que no es conforme con el contrato.

[56] El CESL hacía referencia también al supuesto de contratos mixtos en el art. 9.

[57] ARNAU RAVENTÓS/ARROYO AMAYUELAS/CÁMARA LAPUENTE, El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital, 2020, p. 80.

tipos contractuales cuya naturaleza es mucho más variada que los tipos contractuales que regula el primero. El art. 9.1 CESL sólo se aplica si hay un único contrato mixto de venta y prestación de servicios[58], y, además, en dicha propuesta no encontramos la norma del DCFR que señala que si una de las categorías del contrato mixto es más predominante que la otra, lo más razonable es migrar el contrato totalmente dentro aquella categoría contractual que prepondera por encima de la otra.

Ello es así, en cierta medida, en la DCD; hemos visto que los supuestos de bienes con elementos digitales según la definición incorporada por las Directivas asimilan que el contenido digital es indispensable para el funcionamiento del bien (reconducen la mayoría de casos a los supuestos que hemos bautizado de funcionalidad básica). Cuando dicha funcionalidad es ampliada-según la nomenclatura de nuestra propuesta-, bajo nuestra opinión debería ser la DCD la que se aplicara sobre el elemento digital, pero ya hemos constatado que los considerandos de la DCD no convienen con dicha postura. ¿Son los casos de funcionalidad básica un supuesto de contrato mixto en los que predomina el bien mueble y no lo digital? Y, en la regulación incorporada por el art. 3.6 DCD sobre contratos mixtos, ¿se caracterizan los mismos, en realidad, por una suerte de equilibrio entre la faceta mueble y la digital? ¿Son los supuestos de funcionalidad ampliada un caso de contrato mixto?

Observamos que una opción más razonable hubiera sido, en los casos en los que el elemento digital esté incorporado al bien o interconectado con el mismo, o que simplemente lo complemente y lo acompañe, por lo tanto, ya sea en los supuestos de *embedded* o en los *ancillary* -en nuestra terminología- aplicar la DCV al bien y al elemento digital solamente en aquellos supuestos en los que el bien fuera tan predominante que no sería razonable que todo el contrato no perteneciera a dicha categoría. En el resto de supuestos, debería aplicarse sobre lo digital las reglas de la DCD y sobre el bien, las de la DCV. Nos preguntamos si los *ancillary digital services* a que hemos hecho referencia, si son transmitidos junto con el mismo contrato de compraventa del bien al que acompañan, ¿entran en el supuesto del art. 3.6? [59] La respuesta debe ser negativa ya que los supuestos de contrato mixto no hacen referencia expresamente a una dependencia funcional (de mayor o menor grado) entre las prestaciones; los contenidos/servicios digitales que hemos denominado como *ancillary digital services* necesariamente acompañan, complementan, personalizan el bien, aunque la distinción entre contrato mixto y contenido digital que acompaña al bien complementándolo (los supuestos de funcionalidad ampliada a los que nos referimos), se diría que es bastante difusa[60].

En el supuesto de contratos mixtos, el cdo 33 de la DCD pone de relieve la importancia de la cuestión al referirse, precisamente, a la combinación de suministro de bienes y otros servicios, o

[58] SCHULTE-NÖLKE, «Comentario Del Artículo 9 CESL», en SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL)-Commentary,* Beck Nomos Hart, Baden-Baden, 2012, p. 111.

[59] Sobre los contratos mixtos (o *bundled contracts* en su terminología inglesa), nos referimos a aquellos casos en los que en un mismo contrato entre un empresario y un consumidor se suministra contenido/servicio digital y bienes u otros servicios (no digitales). Así, STAUDENMAYER, SCHULZE/STAUDENMAYER (eds.*), EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, 2020, p. 84. Ello es diferente del supuesto en el que haya contratos distintos que, eventualmente, puedan presentar alguna relación o vinculación (cdo 34 DCD).

[60] WENDEHORST, European Parliament, p. 7. Véase, también, LOOS, CLAEYS/TERRYN (eds.), Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level, 2018, p. 31.

suministro de contenidos digitales y otros servicios (no digitales, etc.) ofrecidos dentro del mismo contrato[61].

3.4. Contratos mixtos vs *ancillary digital services*

Observamos, pues, que los contratos mixtos se refieren a prestaciones que tienen distinta naturaleza (por ejemplo, compraventa de bienes y contratación de servicios digitales; compraventa de un televisor inteligente y contratación de una plataforma de contenidos audiovisuales como *Filmin o HBO*). En cuanto a la calificación final de dicho contrato, la DCV sí que lo contempla en el cdo 17 *in fine*: si el contrato incluye elementos tanto de venta de bienes como de suministro de servicios, será el Derecho nacional el que determinará si la totalidad del contrato puede o no calificarse como contrato de compraventa.

En estos supuestos de contratos mixtos o de pluralidad objetiva compleja a la que hace referencia el cdo 33, la DCD se aplicará únicamente a los elementos del contrato global que consistan en el suministro de contenido/servicios digitales. Por lo tanto, es el objeto de las prestaciones lo que acabará determinando la aplicación de un régimen jurídico concreto. Por ejemplo, piénsese en una plataforma que permite al consumidor crear un documento, generado por el propio sistema de la compañía (así, un documento de reclamación que se presentaría ante una compañía aérea si se diese el supuesto de cancelación de vuelo) para que el consumidor lo firme, descargue y guarde y, en su caso, si hubiere un encargo jurídico, uno de los abogados de la misma empresa se encargaría de gestionar el mismo. De entrada, hay un suministro de servicio digital ya que la plataforma permite al consumidor la creación de la reclamación a través de un *software*; a su vez, la plataforma presta asesoramiento jurídico; este asesoramiento queda excluido del ámbito de aplicación de la DCD (cdo 27 y art. 5). Sentado lo anterior, el contrato entre el consumidor y el empresario incluye elementos de un contrato de suministro de servicios digitales, pero también elementos del contrato de arrendamiento de servicios. La DCD únicamente se aplicará a los elementos del contrato global que consistan en el suministro de servicios digitales. Puede afirmarse que en los supuestos de bienes con elementos digitales que acompañan al primero o que influyen directamente en su funcionalidad, existe entre ambos una suerte de dependencia funcional, mayor o menor según cuál sea el vínculo existente entre bien y contenido/servicio digital. De acuerdo con lo dicho, pues, cabría referir la dependencia en función del grado de vinculación entre ambos objetos (bien y contenido/servicio digital). Si el vínculo funcional es indisoluble nos situamos ante un contenido digital que afecta a la funcionalidad básica del bien (*embedded*); en otro sentido, si dicha indisolubilidad no concurriese, hablaríamos de un contenido digital complementario (*ancillary*).

El régimen de los contratos mixtos (*bundled contracts*, en la terminología inglesa) se dirige a aquellos casos que, como ya hemos visto, consisten en un mismo contrato entre consumidor y empresario con un objeto plural de prestaciones. Asimismo, las dos categorías analizadas *supra* (3.1 y 3.2), son también supuestos en los que, ante un mismo contrato de compraventa, el bien incorpora o interconecta con un elemento digital (ya sea servicio o contenido). Este elemento digital puede cumplir dos funciones: ampliar la función del bien o ser indispensable para el funcionamiento del mismo. En este último caso, estamos ante la categoría propuesta de «*goods with embedded digital content*». Por el contrario, si el elemento digital únicamente participa de

[61] Sobre las posibles combinaciones, véase TWIGG-FLESNER, «Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law», en DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 2017, p. 37.

una suerte de funcionalidad ampliada del bien, nos situamos ante lo que hemos denominado «*ancillary digital service*». Ya hemos visto que es precisamente la categoría de los «*ancillary digital services*» la que puede confundirse con la categoría de los contratos mixtos.

A pesar de todo lo apuntado más arriba, el legislador ha convenido dirigir los bienes con elementos digitales al ámbito de aplicación de la DCV. Sin embargo, como hemos dicho, será el contenido del contrato el que acabará determinando hasta qué punto el vendedor del bien es o no responsable de una falta de conformidad del elemento digital[62].

En conclusión, la apreciación del carácter de mejora o personalización que incorpora el elemento digital al bien y la apreciación de la influencia más o menos determinante que tiene el componente digital en la funcionalidad del bien no aparece resuelta de forma coherente en ambas Directivas y, en atención al carácter de armonización máxima de las mismas (que blinda determinadas cuestiones, en realidad, la mayoría), la transposición en el Derecho interno seguirá sin despejar las dudas apuntadas más arriba.

4. Relevancia de la aplicación de la DCD o la DCV sobre los elementos digitales

A continuación, veremos la relevancia que tiene la aplicación de la DCV sobre la categoría de bienes con elementos digitales. Bajo nuestro punto de vista, las Directivas incorporan una lectura excesivamente generosa de la definición de bienes con elementos digitales que acaba arrastrando, también, los supuestos que hemos denominado de *ancillary digital services*, que acompañan al bien pero no impiden que el mismo realice sus funciones. Por razones de pureza técnica y en términos de protección del consumidor, en estos últimos supuestos, la normativa de aplicación debería ser la DCD y no la DCV, ya que las diferencias en materia de conformidad son notables y notorias para el consumidor, tal y como examinaremos en los siguientes párrafos. Además, la velocidad digital planteará muchos ejemplos que friccionarán la definición contenida de bien con elemento digital y que buscarán su espacio en el régimen legal planteando dudas sobre el régimen que les debe ser de aplicación. Veamos las diferencias en materia de conformidad que puede sufrir un mismo elemento digital en función de si se acoge al régimen de la DCD o la DCV.

- **Carga de notificar la conformidad**: según constatamos, el art. 12 de la DCV deja a los Estados Miembros la libertad de adoptar disposiciones en las que se establezca que, para poder hacer valer sus derechos, el consumidor ha de informar al vendedor de la falta de conformidad en un plazo mínimo de dos meses a partir de la fecha en que el consumidor la haya detectado (este es uno de los pocos supuestos en los que el legislador permite a los Estados Miembros apartarse del régimen imperativo de la Directiva *ex* art. 21 DCV)[63]. No hallamos una norma equivalente a la mencionada en la DCD; es más, el cdo 11 de la misma no permite a los Estados Miembros imponer al consumidor la obligación de

[62] SEIN/SPINDLER, ERCL, 15, 3, 2019, p. 274-275, acaban concluyendo que el verdadero impacto del art. 3.3 DCV será menor (a pesar de la imperatividad del art. 21 DCV) ya que el vendedor puede especificar de forma clara que el consumidor está adquiriendo el elemento digital de un tercero.

[63] Con relación a ello, ARROYO AMAYUELAS, Armonización Europea y Derecho Contractual, 2019, p. 224, señala la posibilidad de plantearse si dicha supresión de la carga de notificar redunda en beneficio de las empresas ya que se ahorran los costes adicionales generados por la gestión de las notificaciones y, además, evitan la incomodidad de tener que comunicar al consumidor que ha quedado privado de la tutela solicitada, lo cual afecta negativamente a la reputación empresarial.

comunicar al empresario toda falta de conformidad dentro de un plazo determinado[64]. Por ello, podemos afirmar que, en función de cuál sea la opción escogida por los Estados, los contratos sobre bienes con elementos digitales pueden quedar sujetos a dicha carga de notificación en un determinado plazo mientras que si el mismo elemento digital se transmite bajo un contrato diferente del de compraventa del bien (quedando sujeto a la DCD), no se impone tal carga[65].

- **Asistencia postventa**: la DCD, dentro de los requisitos subjetivos, hace referencia a la asistencia al consumidor (ex art. 7 DCD). Dicho requisito no está presente en la conformidad subjetiva de la DCV (art. 6). En este sentido, la DDC sí que incluye, cuando proceda, la asistencia postventa (art. 6.1 m) al consumidor como parte de la información al consumidor en los casos de contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil, que pasa a formar parte del contrato (art. 6.5). En el contexto de los contenidos y servicios digitales, caracterizado por un alto nivel de complejidad (incluso para el consumidor medio), la asistencia al consumidor funciona también como un mecanismo de publicidad para atraer al mismo. La ausencia de este requisito en la DCV hace inviable su aplicación a los bienes con elementos digitales (aunque siempre las partes podrán incluirlo en el contrato) si son adquirido *offline*. Si fueren adquiridos a distancia o fuera de establecimiento mercantil cabría recurrir a la información precontractual que, si procediere, afectaría a la existencia de asistencia posventa.

- **Versión**: Asimismo, como requisitos objetivos de conformidad, la DCD establece -salvo pacto en contrario- la obligación de suministrar la versión más reciente disponible en el momento de la celebración del contrato (art. 8.6 DCD); ello no es así en la DCV, seguramente porque la misma no está diseñada para regular los elementos digitales que están sujetos a un cambio e innovación permanente. Por lo tanto, el elemento digital que acompaña al bien y forma, junto con él, un bien inteligente, sujeto a la DCV, no deberá

[64] Ello es, pues, un punto a favor del consumidor, STRAETMANS/MEYS, «The New Proposals for Directives Concerning Digital Content and Online/Distance Sales: What Impact on Consumer Protection?», en CLAEYS/TERRYN, *Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2017, p. 327. El legislador catalán ha optado por no imponer ningún plazo para la denuncia de la falta de conformidad (véase el preámbulo del Decreto ley 27/2021, de 14 de diciembre, de incorporación de las Directiva (UE) 2019/770 y 2019/771, relativas a los contratos de suministro de contenidos y elementos digitales y a los contratos de compraventa de bienes, al Libro Sexto del Código civil de Cataluña). Tampoco el legislador español introdujo ningún plazo relativo a la notificación de la conformidad en el TRLGDCU.

[65] Así de contrariados con dicha decisión se muestran SEIN/ SPINDLER, «The New Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services- Conformity Criteria, Remedies and Modifications- Part 2», *European Review of Contract Law* (ERCL), 15, 4, 2019, p. 375: «This discrepancy rule does not help to foster a really unified Digital Single Market because market players -both consumers as well as traders -face a legal uncertainty as to whether the possibility to exercise consumer's remedies in case of defective smart goods depends on a previous notifications or not». Además, como se ha puesto de manifiesto en este trabajo, habrá casos de bienes inteligentes en los que el elemento digital interconectado ejercerá una influencia esencial sobre el bien, mientras que en otros casos no será así y, en consecuencia, en estos últimos casos, la normativa sobre contenidos digitales se aplicará sobre el elemento digital y la de la compraventa sobre el bien. Por el contrario, si se trata de un bien con elementos digitales tal y como lo describe el art. 2.3 DCD, será la DCV la norma de aplicación y, por lo tanto, los Estados Miembros podrán establecer que, para poder hacer valer sus derechos, el consumidor informe al vendedor de la falta de conformidad en un plazo mínimo de dos meses a partir de la fecha en que el consumidor la haya detectado. En el primer caso los Estados miembros, como se ha dicho, no podrían imponer ningún plazo de notificación.

incorporar la versión más reciente, mientras que, si el consumidor adquiere el mismo contenido digital mediante un contrato de suministro a parte, sí[66].

- **Accesibilidad y continuidad**: también es destacable la ausencia en la DCV de los requisitos de conformidad relativos a la accesibilidad y continuidad (art. 8.1 b) DCD). Si bien dichos aspectos podrían verse incluidos en las «otras características» del art. 7.1 d DCV, hubiera sido deseable una referencia expresa en la norma.

- **Actualizaciones**: con relación a la obligación de suministrar actualizaciones, debemos distinguir si el suministro del elemento digital es continuo o si se trata de un único acto de suministro o de una serie de acto de suministros separados[67]. Así, en estos dos últimos casos, la DCD establece que el empresario deberá suministrar las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener la conformidad durante el período que el consumidor pueda razonablemente esperar[68] (art. 8.2 b DCD). La DCV, con relación al supuesto de bienes con elementos digitales, sigue esta misma línea (art. 7.3 a DCV[69]). Para el supuesto de suministro continuo, la DCD impone la obligación de suministrar las actualizaciones durante el período en que deban suministrarse los contenidos o servicios digitales con arreglo al contrato (art. 8.2 a DCD); la DCV se remite al art. 10.2 o 5 (art. 7.3. b) y, por lo tanto, el período será como mínimo de dos años. Si el suministro continuo es superior a dos años, la obligación de actualizar se extenderá por todo el período de suministro. Este período es equivalente al período por el que el empresario/vendedor será responsable por cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien[70] o en el momento del suministro. Vemos, pues, que ambas directivas son prácticamente coincidentes en este extremo.

- **La calidad como elemento objetivo de conformidad:** aquí, la DCD únicamente menciona la calidad como criterio de conformidad en el apartado de elementos o requisitos subjetivos, es decir, los contenidos/servicios digitales deben tener la calidad según se disponga en el contrato[71]. En cuanto a los criterios objetivos, no mencionan

---

[66] Así, VANHERPE, *European Review of Private Law* (ERPL), 2, 2020, p. 261.

[67] Un estudio pormenorizado de la obligación de suministrar actualizaciones lo vemos en KALAMEES, «Goods with Digital Elements and The Seller's Updating Obligation», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* (JIPITEC) 12,2, 2021, pp. 131 s.

[68] Es crítico con esta opción, STAUDENMAYER, «Art. 8. Objective requirements for conformity», en SCHULZE/STAUDENMAYER, *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 159, ya que es contrario a la seguridad jurídica.

[69] El cdo 31 de la DCV clarifica este extremo y señal que el periodo de tiempo por el que el consumidor puede razonablemente esperar recibir actualizaciones si los contenidos o servicios digitales se suministran en un único acto de suministro debe evaluarse sobre la base del tipo y la finalidad de los bienes y los elementos digitales teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato de compraventa. Así, un consumidor esperaría normalmente recibir actualizaciones al menos durante el período durante el cual el vendedor sea responsable de una falta de conformidad, mientras que en algunos casos las expectativas pueden extenderse más allá de dicho período, como podría ser el caso de las actualizaciones de seguridad.

[70] Nótese que en el supuesto de bienes con elementos digitales debe considerarse que los mismos han sido entregados al consumidor cuando se haya producido, además de la entrega del componente físico, el acto único de suministro de los elementos digitales o bien haya comenzado el suministro continuo durante un periodo (cdo 39 DCV).

[71] Por el contrario, el legislador español, en la transposición conjunta que hace de ambas directivas al TRLGDCU, señala en el art. 115 ter.1 («requisitos objetivos para la conformidad»), apartado b, que los bienes y los contenidos

expresamente la calidad como criterio, a diferencia de la DCV. Desde el punto de vista subjetivo, la evaluación de la calidad implica que el elemento digital no satisface plenamente al consumidor. Si bien observamos que el art. 8 DCD no menciona expresamente la calidad como uno de los criterios objetivo de conformidad (a diferencia de lo que sí ocurre en el art. 7.b) de la DCV, cuando al establecer los criterios objetivos de conformidad de los bienes sí hace alusión a la calidad), dicha omisión carece de sentido ya que podría llevar a resultados manifiestamente injustos: sin embargo, la referencia a la versión de prueba del art. 8. d) DCD, exigida como criterio objetivo de conformidad, permite observar una referencia tenue a la calidad y, por lo tanto, los elementos digitales deberán ser conformes con la versión de prueba o vista previa de los elementos digitales puestos a disposición por el empresario antes de la celebración del contrato[72].

- **Período de responsabilidad y carga de la prueba**: el período de garantía y la carga de la prueba son dos de las cuestiones donde surgen las diferencias entre ambas Directivas y en las que, aquí sí, la DCV resulta a priori más favorable para el consumidor. Así, el período de garantía por el que el empresario será responsable por cualquier falta de conformidad cuando el contrato establezca un único acto de suministro o una serie de actos individuales de suministro, en la DCD no puede ser inferior a dos años[73]. Por su parte, en la DCV, el art. 10.1 señala este mismo período, pero el propio art. 10.3 permite ampliar dicho plazo con lo que la DCV puede resultar más beneficiosa para el consumidor, en este extremo, que la DCD[74]. En los supuestos de suministro continuo, el art. 11.3 DCD indica que el empresario será responsable durante el período durante el cual deben suministrarse los elementos digitales. De forma similar se expresa la DCV en el art. 10.2; la diferencia es que como mínimo el período por el que será responsable el vendedor serán dos años, con independencia de que el periodo de suministro del elemento digital sea inferior («... *el vendedor será responsable por cualquier falta de conformidad de los contenidos digitales o servicios digitales que se produzca o se manifiesta en el plazo de dos años*...»). Si el contrato estableciere un suministro continuo que superara los dos años, el vendedor sería responsable por cualquier falta de conformidad que se manifieste dentro de dicho período[75]. Con relación a la cuestión de la carga de la prueba, ambas Directivas también presentan notorias diferencias. Así, en los supuestos de un acto único de suministro la DCD no hace coincidir el período de responsabilidad del empresario con el período en el que la carga de la prueba recae sobre este ya que lo

digitales deberán, cuando sea de aplicación, 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. Por lo tanto, sí menciona la calidad como criterio objetivo de conformidad también para los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. El legislador catalán, por la remisión que hace el art. 621-71 al 621-20 (concretamente al art. 621-20.2, apartado b, CCCat) también hace referencia a la calidad como requisito objetivo de conformidad del suministro de elementos digitales.

[72] Véase GARCÍA GOLDAR, «La calidad en los contenidos o servicios digitales prestados por Inteligencia Artificial desde el derecho de consumo: un breve ensayo», *Ius Et Scentia*, 7, 2021, p. 367.

[73] Ello es cuestionable ya que los elementos digitales no sufren el aging propio de los bienes- Así, ZOLL, «Art. 11: Liability of the trader», en SCHULZE/STAUDENMAYER, *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 206. En el CCCat, por ejemplo, véase el art. 621-73.1.

[74] Es el caso del legislador catalán que lo amplía a 3 años, 621-23.1 CCCat. También del legislador español (art. 120.1 TRLGDCU).

[75] Véase, también, los arts. 621-23.2 CCCat y 120.2 TRLGDCU.

limita a un año a partir del suministro (art. 12.1 DCD)[76]. Ello es cuestionable ya que lo razonable hubiera sido que el plazo de garantía y el de la carga de la prueba fueran los mismos (2 años). Por el contrario, en la DCV, si bien el art. 11.1 DCV señala que la presunción de que la falta de conformidad existe desde la entrega si se manifiesta en el plazo de un año, el art. 11.2 DCV permite a los Estados Miembros introducir un plazo de dos años desde la entrega. Dicho plazo no puede extenderse, aunque el período de garantía sea más largo (art. 10.1 y 10.3 DCV)[77]. Por lo tanto, tampoco aquí tienen porqué coincidir los períodos. Con relación a los supuestos de suministro continuo, la DCD indica que la carga de la prueba respeto si los elementos digitales eran conformes dentro del período durante el cual se hubieren de suministrar recaerá en el empresario cuando la falta de conformidad se manifieste dentro de ese período[78]. Por su parte, la DCV señala que la carga de la prueba recaerá en el vendedor si se manifiesta en el período señalado por el art. 10.2, por lo tanto, 2 años o más, si el suministro se extiende a más de dos años[79]. Aquí cabe hacer una referencia a la facultad de ampliación del art. 10.3 DCV que permite a los Estados Miembros adoptar plazos más largos en sede de responsabilidad que los indicados por los arts. 10.1 y 2. Lo que sucederá es que en algunos casos no coincidirán el plazo de responsabilidad y el período de suministro (en los supuestos del art. 10.2 y 3 DCV), y sólo en las faltas de conformidad manifestadas durante el período de suministro la carga de la prueba recaerá sobre el empresario y no en el resto de supuestos ya que el art. 11.3 se remite al art. 10.2 y no al 10.3 DCV[80].

- **La modificación de los contenidos o servicios digitales:** Con relación a ello, otro tema que incorpora la DCD es el de las modificaciones, que aparece regulado en el art. 19 DCD (su presencia es inexistente en la DCV). De hecho, habrá actualizaciones que incluso pueden suponer una modificación, si así se acordó por contrato (art. 7d DCD); hablaríamos entonces de *upgrades* y no de *updates*. Algunas modificaciones pueden formar parte del compromiso contractual (como las estipuladas en el contrato como actualizaciones, cdo 74); sin embargo, además de las dirigidas a preservar la conformidad, el empresario debe poder, en determinadas ocasiones, modificar las características de los contenidos o servicios digitales siempre que el contrato establezca un motivo válido para dicha modificación. El art. 19 DCD señala como requisitos para modificar los contenidos/servicios digitales que el contrato lo contemple, como ya se ha dicho, que la modificación no imponga ningún coste añadido al consumidor y que este sea informado de forma clara y comprensible del alcance de la modificación. Asimismo,

[76] En el TRLGDCU, véase el art. 121.1, en el que se presume que las faltas de conformidad que se manifiesten en el año siguiente al suministro del contenido o servicio digital suministrado en un único acto o en una serie de actos individuales, ya existían cuando el elemento digital se suministró. Vemos que no coincide dicho plazo con el de la garantía de conformidad (art. 120.1 TRLGDCU, que es de dos años en el caso de contenidos y servicios digitales suministrados en un único acto).

[77] Ello sucede en el CCCat; el período de garantía en los supuestos de bienes con elementos digitales cuyo acto de suministro sea único es de 3 años (621-23.1), aunque la presunción de que la falta de conformidad ya existía en el momento de la venta se limita a un período de dos (621-24.1). En el TRLGDCU, lo mismo (arts. 120.1 y 121.1).

[78] Así, 621-74.2 CCCat y 121.2 TRLGDCU.

[79] En el CCCat, será como mínimo de tres años (cfr. arts. 621-24.2 al 621-23). Y en igual sentido se establece en el TRLGDCU (art. 120.2 por remisión del 121.2).

[80] ARNAU RAVENTÓS, «Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?», *Revista de Educación y Derecho*, 24, 2021, pp. 24 -25. En el TRLGDCU y en el CCCat sí que coinciden los plazos de presunción con los de la responsabilidad del empresario (así, arts. 120.2 y 121.2 TRLGDCU y arts. 621-24.2 y 621-23.2 CCCat).

el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato si la modificación afecta negativamente a su acceso a los contenidos/servicios digitales. Piénsese, por ejemplo, en una aplicación para teléfono inteligente que el consumidor compra con un teléfono que tiene un sistema operativo determinado (por ejemplo, el iPhone 6s). Qué sucede cuando la aplicación deja de funcionar en dicho sistema operativo; ¿podrá el consumidor resolver el contrato si la actualización de la aplicación sólo funciona con el iPhone 8?; ¿qué pasará con el consumidor que siga teniendo el iPhone 6s? ¿puede resolver el contrato al amparo del art. 19.2 DCD? La respuesta es afirmativa sólo si la modificación afecta negativamente a su acceso a los contenidos/servicios digitales o a su uso, salvo si dicho efecto negativo es mínimo. ¿Tiene derecho el consumidor a pedir la continuación del servicio que ha quedado obsoleto?[81] El art. 19.4 señala que el consumidor no podrá resolver el contrato si el empresario le ha dado la posibilidad de mantener, sin costes adicionales, los contenidos o servicios digitales sin la modificación, y los contenidos o servicios digitales siguen siendo conformes. Esta previsión que permite resolver el contrato en caso de modificación del elemento digital sólo se encuentra en la DCD, por lo tanto, sólo respecto de aquellos contenidos digitales que caigan bajo el ámbito de aplicación de la DCD será posible ejercer dicho derecho.

En definitiva, los párrafos precedentes demuestran que sí existen diferencias notorias en materia de conformidad entre ambas regulaciones y, por lo tanto, tal y como está diseñado el régimen actual, los elementos digitales acompañantes del bien estarían condicionados por la regulación que en dicha materia contemple la DCV. Bajo nuestro punto de vista, y según la distinción propuesta (3), los *ancillary digital services* deberían canalizarse a través de la DCD ya que en términos de protección del consumidor y en materia de conformidad dicha directiva proporciona un margen tuitivo más amplio (así, en materia de la no obligación de comunicar la falta de conformidad en un plazo determinado, de la versión que debe suministrarse o de los requisitos de la accesibilidad y la continuidad) y contempla extremos como la modificación de los elementos digitales, materia claramente predicable de los elementos digitales, inexistente en la DCV. A pesar de que hay temas puntuales en los que la DCV es más protectora con el consumidor (así, con relación al período de garantía y, sobre todo, la presunción de falta de conformidad en los supuestos de suministro en un único acto), seguimos insistiendo en que la solución que hubiera sido más conveniente hubiera sido la de permitir la aplicación de la DCD sobre el elemento digital cuando el mismo simplemente mejora o personaliza el bien y no afecta a su funcionalidad básica.

5. Conclusiones

A modo de conclusión, las observaciones precedentes permiten recoger las siguientes ideas críticas:

- La sujeción del elemento digital al régimen de la DCV en los supuestos de bienes con elementos digitales no resulta lo suficientemente justificada en las Directivas de 2019. Es cuestionable que sea el régimen de la compraventa el que deba desplazar el régimen del contenido/servicio digital ya que en muchos casos los elementos digitales acabarán por tener mayor relevancia que el bien al cual se incorporan. Ello lo hemos visto en los supuestos que hemos denominado de los *ancillary digital services*, en los que debería ser la DCD la normativa de aplicación ya que los mismos

[81] Fijémonos que el EUROPEAN LAW INSTITUTE, p. 23, planteó, con relación a dicha cuestión, un derecho al «roll-back», es decir, un derecho a restaurar la versión que se ha quedado obsoleta.

participan únicamente de la funcionalidad ampliada del bien y no influyen directamente en la operatividad básica de aquél.

- Habiendo constatado que las normas sobre la conformidad con el contrato en ambas Directivas no son iguales, es preferible la aplicación de *lex digitalis* en aquellos casos en los que el elemento digital únicamente complementa o personaliza al bien. Si bien hay extremos en que a priori la normativa sobre productos físicos es más beneficiosa (en términos de plazos de garantía y de presunciones de falta de conformidad si el suministro del elemento digital se produce en un único acto de suministro- en materia de suministro continuo la regulación es prácticamente idéntica), la regulación sobre la modificación de los elementos digitales, la prohibición de imponer un plazo para notificar la falta de conformidad, los requisitos de conformidad relativos a la accesibilidad y continuidad o la obligación de suministrar la versión más reciente disponible en el momento de la celebración del contrato, son aspectos que únicamente están recogidos en la DCD y que nos permiten concluir que hubiera debido preferirse la aplicación de la DCD sobre dichos elementos digitales.

6. Bibliografía

ARNAU RAVENTÓS, Lídia/GRAMUNT FOMBUENA, Mariló, «Cap a un Dret català conforme a les Directives (UE) 2019/770 i 2019/771», *InDret* 1, 2022, pp. 171 s.

ARNAU RAVENTÓS, Lídia, «Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?», *Revista de Educación y Derecho*, 24, 2021, pp. 24-25.

ARNAU RAVENTÓS, Lídia, «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», en ARROYO AMAYUELAS, Esther /CÁMARA LAPUENTE, Sergio (eds.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Col·legi de Notaris de Catalunya, Madrid, 2020, p. 83, p. 80.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 41, 2022, pp. 1 s.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, *Armonización Europea y Derecho Contractual*, 2019, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, p. 224.

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», (2021) *Diario La Ley 9881*, 2021, p. 12.

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, p. 9-10.

EUROPEAN LAW INSTITUTE, «Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers COM (2015) 634 Final», Vienna, 2016, p. 11, p. 14, p. 34, p. 23.

FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio, «El ámbito material de aplicación de la nueva Directiva relativa a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: aspectos clave», en FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio (Coord.), *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2020, p. 571, p. 573, p. 574.

FERRER GUARDIOLA, Joan Andreu, «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 4, 2021, pp. 161-226.

GARCÍA GOLDAR, Mónica, «La calidad en los contenidos o servicios digitales prestados por Inteligencia Artificial desde el derecho de consumo: un breve ensayo», *Ius Et Scentia*, 7, 2021, p. 367.

GEIREGAT, Simon/STEENNOT, Reinhard, «Proposal for a Directive on Digital Content. Scope of Application and Liability for a Lack of Conformity», CLAEYS, Ignace /TERRYN, Evelyne (eds.) *Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 114-115, p. 117.

KALAMEES, Piia, «Goods with Digital Elements and The Seller's Updating Obligation», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* (*JIPITEC)* 12,2, 2021, pp. 131 s.

KALAMEES, Piia/SEIN, Karin, «Connected Consumer Goods: Who Is Liable for Defects in the Ancillary Digital Service?», *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 1, 2019, pp. 13 s.

LOOS, Marco B. M., «Not Good but Certainly Content. The Proposals for European Harmonisation of Online and Distance Selling of Goods and the Supply of Digital Content», en CLAEYS, Ignace /TERRYN, Evelyne (eds.), *Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2018, pp. 4 s., p. 31.

MAK, Vanessa, «The New Proposals for Harmonised Rules on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content. Workshop for the Juri Committee», European Parliament, 2016, pp. 8-9.

MISCHAU, Lena, «The Concept of Digital Content and Digital Services in European Contract Law», *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 1/2022, pp. 6-13.

MOŽINA, Damjan, «Art. 20. Right of Redress», en STAUDENMAYER, Dirk/SCHULZE, Reiner (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Hart Beck Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 327.

PLAZA PENADÉS, Javier, «Contract for the Supply of Digital Content», en PLAZA PENADÉS, Javier /MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M., *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer International Publishing Switzerland, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2015, p. 207.

SCHULTE-NÖLKE, Hans, «Comentario Del Artículo 9 CESL», SCHULZE, Reiner (ed.), *Common European Sales Law (CESL)- Commentary*, Beck Nomos Hart, Baden-Baden, 2012, p. 111.

SCHULZE, Reiner, «Supply of Digital Content. A New Challenge for European Contract Law», en DE FRANCESCHI, Alberto (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2017, p. 127 s.

SEIN, Karin, «What Rules Should Apply to Smart Consumer Goods?», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC),* 8, 2, 2017, p. 96-110.

SEIN, Karin/ SPINDLER, Gerald, «The New Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services- Conformity Criteria, Remedies and Modifications- Part 2», *European Review of Contract Law (ERCL),* 15, 4, 2019, p. 375.

SEIN, Karin/SPINDLER, Gerald, «The New Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services- Scope of Application and Trader's Obligation to Supply- Part 1», *European Review of Contract Law (ERCL)* 15, 3, 2019, pp. 269 s.

SPINDLER, Gerald, «Implicaciones para los servicios de contenidos digitales de la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común de la compraventa», en ARROYO AMAYUELAS, Esther /CÁMARA LAPUENTE, Sergio (eds.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 457.

STAUDENMAYER, Dirk, «Art. 3. Scope», en STAUDENMAYER, Dirk/SCHULZE, Reiner (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 76, p. 61, p. 84.

STAUDENMAYER, Dirk, «Art. 8. Objective requirements for conformity», en STAUDENMAYER, DIRK/SCHULZE, REINER (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 159.

STAUDENMAYER, Dirk, «The Directives on Digital Contracts: Firt Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *European Review of Private Law (ERPL)* 2, 2020, p. 220.

STRAETMANS, Gert/MEYS, Shana, «The New Proposals for Directives Concerning Digital Content and Online/Distance Sales: What Impact on Consumer Protection?», en CLAEYS, Ignace/TERRYN, Evelyne (eds.), *Digital Content and Distance Sales New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2017, p. 318-320, p. 327.

TWIGG-FLESNER, Christian, «Disruptive Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law», en DE FRANCESCHI, Alberto (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 2017, p. 37.

VANHERPE, Josefien, «White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content», *European Review of Private Law (ERPL)* 2, 2020, pp. 251-274.

VEREECKEN, Jasper/WERBROUCK, Jarich, «Goods with embedded software: consumer protection 2.0 in times of digital content?», *Indiana Int'l & Comp. Law Review* 30, 2019, p. 72.

WENDEHORST, Christiane, «Sale of Goods and Supply of Digital Content - Two Worlds Apart? Study for the Juri Committee», European Parliament, 2016, p. 6, p. 7.

ZOLL, Fryderyk, «Art. 11: Liability of the trader», en STAUDENMAYER, DIRK/SCHULZE, REINER (eds.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Beck·Hart·Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 206.

InDret
3.2022

Barbari ad portas: la prohibición de la retribución externa como arma defensiva

Maribel Sáez Lacave
Universidad Autónoma de Madrid y ECGI
-

Sumario
-
Este trabajo analiza el sistema de retribución supletoria o golden leash que los socios activistas utilizan con frecuencia para incentivar a sus consejeros dominicales en los órganos de administración de la sociedad. Esta práctica está, en apariencia, y salvo dispensa de la junta, prohibida en el Derecho de sociedades español. Hasta el momento, la cuestión no ha suscitado apenas debate doctrinal entre nosotros. Este trabajo ofrece una visión crítica de la aproximación prevalente en España y de sus preconcepciones subyacentes.

Según la tesis aquí defendida, entre las reglas relativas a los deberes de lealtad se cobijan en España dos reglas dirigidas a prevenir que administradores dominicales minoritarios accedan a los consejos de administración sin el consentimiento de los socios de control: la regla del conflicto permanente ex art. 229.1 f) LSC y la prohibición de remuneraciones externas del art. 229.1 e) LSC. El verdadero alcance de ambas consiste en el blindaje del poder de la mayoría para configurar el consejo de administración y desarticular el sistema de representación proporcional. Este régimen coloca acaso a España a la cabeza de las jurisdicciones menos propicias al activismo accionarial de entre los países desarrollados.

En relación con las retribuciones de tercero se analiza la ratio de la regla -el fundamento fiduciario-, la situación en el Derecho comparado, así como el mecanismo de autorización o dispensa en manos de la mayoría. La conclusión que se alcanza es que las compensaciones de tercero pueden tener efectos beneficiosos para la sociedad y que el sistema de dispensa de la LSC no está bien calibrado para ajustar y moderar los rigores de una prohibición configurada en términos amplísimos. Se propone una interpretación que reduce teleológicamente la prohibición a los supuestos de conflicto de interés. En consecuencia, este tipo de retribuciones deben considerase admisibles si son transparentes y alineadas con el interés de la sociedad.

Abstract
-
This article analyzes the supplementary compensation system or "golden leash" that activists often use to incentivize their nominee directors in the boards where they are present. Spanish Corporate Law contains an overarching ban of any kind of third-party remuneration. Thus far, the current solution has stirred very little controversy in Spain. This paper offers a critical stance on the Spanish approach and solution. The view expressed in the article is that, among the Spanish rules on fiduciary duties (provisions to prevent directors from making conflicted decisions), there are two tricky instruments whose true aim is to prevent the nomination of minority directors to the board without the consent of the controlling shareholder(s): the permanent conflict rule and the prohibition of third-party remuneration. Their (actual, though undisclosed) function is to shield or secure the power of the majority to nominate the board and counteract the effects of the cumulative system. This regime places Spain at the top of the

most unfriendly jurisdictions for shareholder activism among developed economies.

The paper analyzes in detail the rationale of the ban -the fiduciary basis- and the authorization in the hands of the majority. The conclusion is that the golden leash can be beneficial for the corporation, and the waiver foreseen in Spanish Law is maladjusted to counteract the rigors of a very broadly configured prohibition. The paper advocates a narrow interpretation of the rule, limited to situations of conflicts of interests. According to this view, golden leashes should be legal if transparent and aligned to the interest of the corporation.

Title: *Barbari ad portas: golden leash prohibition as defensive weapon*

-

Palabras clave: Remuneraciones externas, Activismo, Consejeros dominicales, Deberes de lealtad.

***Keywords*:** *Third-party remuneration, Activism, Nominee directors, Fiduciary duties.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2022.i3.02

InDret

3.2022

Recepción
01/06/2022
-
Aceptación
07/07/2022
-

Índice

-

1. Introducción
2. ¿Sirve el golden leash al buen gobierno corporativo?
2.1. Instrumento de reclutamiento de los mejores
2.2. Mecanismo de alineamiento con el interés de los socios
2.3. Mecanismo para impulsar la calidad del proceso deliberativo del consejo
3. La introducción de la regla del art. 229.1.e) LSC
4. La ratio de la prohibición: la perspectiva fiduciaria
4.1. El reparo relativo al interés particular del socio que remunera al consejero
a. El análisis empírico
b. El análisis dogmático
4.2. El reparo referente a la vinculación del dominical al socio que lo retribuye
a. La doble relación de agencia del consejero dominical
b. El contrato relacional
c. Remuneraciones externas vs. remuneraciones internas
4.3. El reparo concerniente a la estructura del suplemento remuneratorio
5. La falacia de la dispensa
5.1. La dispensa como mecanismo de corrección de la imperatividad
5.2. Las condiciones "garantistas" de la dispensa
5.3. ¿Por qué tiene que autorizar la Junta una remuneración que no satisface la sociedad?
6. Enmendando los desajustes de la prohibición
7. Bibliografía

-

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

1. Introducción[1*]

La reforma de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) operada en 2014 revisa en profundidad la materia de los deberes de lealtad de los administradores en nuestro sistema legal. Se trataba, sin duda alguna, de una puesta al día necesaria y ampliamente demandada, que venía a cubrir un flanco muy expuesto de nuestro derecho de las relaciones fiduciarias -el derecho que gobierna las relaciones principal-agente-. Conviene recordar que el núcleo originario del entramado general de regulación de estas relaciones se encuentra en el venerable régimen codificado del contrato de mandato y que el Derecho de sociedades no había acometido su racionalización y actualización para el entorno empresarial y societario, en el cual, justamente, las relaciones fiduciarias presentan mayor complejidad y relevancia. Por eso no es de extrañar que la modificación legal del 2014 haya sido bien recibida por la doctrina y se puede decir que nos ha puesto a la altura de las jurisdicciones más avanzadas en gobierno corporativo.

Pero acaso no es obligado felicitarse por todas las innovaciones introducidas en aquella reforma. El art. 229.1 LSC se ha utilizado también como una suerte de caballo de Troya para camuflar entre las medidas dispuestas para combatir los conflictos de interés otras de defensa del control societario. Varias de ellas debieran suscitar preocupación. El propósito de estos blindajes es justamente servir de munición a los socios mayoritarios para repeler la entrada de dominicales minoritarios en los consejos de administración. En términos bélicos, estaríamos ante un nuevo episodio de atrincheramiento de los accionistas mayoritarios frente a los minoritarios que ellos consideran los nuevos bárbaros que amenazan su poder llamando a las puertas de los consejos[2].

El primero de tales blindajes viene dado por el llamado conflicto permanente, residenciado en el apartado h) del precepto citado. Da cobijo legal a la doctrina del competidor[3], que fue concebida por los tribunales para permitir la revocación por la Junta (por la mayoría, claro) del nombramiento de los administradores designados a través del sistema de representación proporcional.

Este blindaje traba la entrada al órgano de administración de consejeros dominicales minoritarios cuya presencia no ha sido consensuada con los socios de control. También, aun en el caso en que existiera este consenso inicialmente, facilita el cese del dominical minoritario por decisión exclusiva del socio o socios mayoritarios cuando el minoritario ha perdido el favor de aquellos. Esto, qué duda cabe, confiere un arma poderosa para mantener la disciplina y

---

[1*] Maribel Sáez Lacave (maribel.saez@uam.es). La autora quiere agradecer a Adrián Segura y Sheila Canudas su asistencia en la edición de este trabajo. También a los evaluadores que han dedicado dedicación y tiempo a revisar el trabajo, y cuyas sugerencias han contribuido a mejorarlo. Este artículo está destinado al Estudio Homenaje del profesor Ricardo Alonso Soto. La presente investigación ha recibido la financiación del proyecto del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, "Gobierno Corporativo: el papel de los socios" (Ref.: PGC2018-097984-B-100).

[2] El título del trabajo está inspirado en el libro del periodista del Wall Street Journal, J. Borrough, que describió toda una época del gobierno corporativo -la de las opas hostiles- con Barbarians at the gates: The fall of RJR Nabisco. El libro -encabezado por la expresiva analogía con la caída del imperio romano- está basado en la opa hostil sobre Nabisco, que finalmente fue adquirida mediante un LBO diseñado por KKR (Kohlberg, Kravis Roberts).

[3] Esta doctrina la he abordado por extenso en otro trabajo reciente: Sáez Lacave, María Isabel, «Consejeros dominicales minoritarios y buen gobierno corporativo», InDret, vol.1, 2022, pp.1 ss.

evitar una eventual falta de alineamiento en el futuro entre socio de control y el minoritario con presencia en el consejo.

El segundo blindaje se encuentra en la prohibición de remuneraciones externas del apartado e) del art. 229.1 LSC. Al igual que en el caso anterior, los administradores más directamente afectados por la proscripción legal son los dominicales minoritarios, en clara referencia a la práctica de los fondos activistas o *hedge funds* de remunerar a sus consejeros, conocida habitualmente en la literatura internacional de Derecho de sociedades como "*golden leash*"[4].

Ambos blindajes corporativos frente a la entrada de dominicales minoritarios están bien pergeñados para asegurar su cumplimiento. Sin embargo, su exigencia y cumplimiento no se realizan a través de la acción de responsabilidad, que es la consecuencia jurídica habitual de la contravención de un deber de lealtad, sino a través de medidas que desincentivan el intento de los minoritarios de obtener representación. Lo que viene a corroborar que el propósito último de tales reglas prohibitivas es obstaculizar la entrada de los nuevos "bárbaros" y evitar el envite por el control y no tanto disciplinar a los administradores que han puesto otros. Por eso, si se contravienen las disposiciones legales que establecen estos blindajes, el riesgo principal y más probable que asume el dominical minoritario es el de ser cesado por la Junta so pretexto de que su *dominus* tiene un interés "opuesto" al de la sociedad *ex* art. 224.2 LSC: se le tildaría de competidor, cortoplacista, o de encarnar cualquier otro peligro abstracto para la sociedad para con ello motivar su destitución. El lema es claro: "no se puede permitir que los bárbaros traspasen las puertas de Roma".

Adicionalmente, el abono de remuneraciones externas no autorizadas llevaría aparejada en principio -y parece que de manera automática, o casi- la acción de enriquecimiento *ex*. art. 227.2 LSC. La fundamentación jurídica de este remedio en relación con los deberes de lealtad de los administradores y su aplicación al supuesto particular de las remuneraciones externas precisa de ulteriores reflexiones, en las que me adentraré en un estudio separado. De momento, baste hacer una observación para tomar conciencia de la extravagancia del caso. La acción de enriquecimiento injusto tiene fuerte capacidad de disuasión, por lo que se antoja muy eficaz en principio para retraer a los socios disidentes de su empeño. Pero, además, en rigor, es un remedio cuestionable en este contexto, pues las retribuciones adicionales no son en puridad ganancias obtenidas con ocasión de la relación fiduciaria entre el administrador y la sociedad, sino de la que existe entre el consejero dominical y su *dominus*. Es decir, no representan un enriquecimiento del administrador a costa de la sociedad. De hecho, es la acción de enriquecimiento atribuida a la sociedad lo que permitiría que esta (y el socio o socios de control de manera prioritaria) se beneficiaran de remuneraciones abonadas por el *dominus* al consejero dominical.

Así pues, las reflexiones anteriores despiertan sospechas de que puede utilizarse una reforma legal encaminada a combatir los conflictos de interés de los administradores que pueden

[4] La práctica americana conoce las remuneraciones externas bajo el término de "*sponsor compensation*". El término *golden leash*, se atribuye a Victor J. Zaleschuk, presidente del consejo de Agrium Inc, que lo utilizó en tono peyorativo para desacreditar al fondo activista Jana Partners, al que se enfrentó en un proxy fight. Cain, Matthew D. et al., «How Corporate Governance Is Made: The Case of the Golden Leash», University of Pennsylvania Law Review, vol. 164, 2016, p. 652. Esta terminología se utiliza de una manera neutra por parte de la literatura especializada, al margen de la connotación negativa que pudo tener en sus orígenes.

destruir valor de la empresa para camuflar instrumentos de blindaje de los intereses particulares de los socios que ostentan el control frente a los retos de los socios disidentes.

Lo que importa reseñar a continuación es que esta estrategia de defensa -de los socios mayoritarios- no es una buena noticia para la creación de valor de nuestras sociedades y para nuestro gobierno corporativo.

De hecho, la literatura internacional sobre gobierno corporativo es muy crítica con los blindajes precisamente porque favorecen el atrincheramiento de los *insiders*. La decisión sobre la adopción de blindajes plantea de manera estructural un *trade-off* entre, de una parte, la oportunidad de dotarse de contramedidas defensivas para repeler una amenaza externa y grave para la sociedad (para evitar una pérdida de valor de la misma) y, de otra, el incurrir en costes asociados al atrincheramiento y refuerzo de quienes ya controlan la sociedad (al incrementarse los costes de agencia, disminuye el valor de la sociedad)[5].

A este análisis global o general en materia de medidas que favorecen el "*insider entrenchment*", se añade en el caso que nos ocupa otra posible línea de cuestionamiento o de reproche. Los blindajes frente a la entrada de los socios minoritarios en los consejos interfieren en los mecanismos habilitados por la ley para dar voz a los minoritarios y facilitar el activismo accionarial. Es decir, se restringe de manera indebida la capacidad de los socios de nominar y elegir a los administradores a través de las reglas previstas a tal fin, en particular, a través del sistema de representación proporcional del art. 243 LSC, y, en su caso, se facilita una vía a los mayoritarios para deshacerse de ellos cuando les convenga. En consecuencia, la combinación de la doctrina del competidor y la tajante prohibición de remuneraciones externas sitúan a nuestro ordenamiento entre las jurisdicciones de nuestro entorno económico, jurídico y cultural que muestran y expresan en su regulación societaria mayor hostilidad hacia los dominicales minoritarios disidentes del control y hacia el activismo accionarial.

En este trabajo me propongo poner el foco en la doctrina de las remuneraciones externas que sustenta la prohibición del art. 229.1 e) LSC. Curiosamente, no se trata de una materia que haya suscitado debate entre nosotros: la interdicción de las remuneraciones externas ha sido bien recibida por la doctrina, que da por buena su conveniencia, sus fundamentos, y su articulación normativa[6]. Llama la atención, no obstante, que esta posición de la ley y de la doctrina española no se compadezca bien con esto se observa en el panorama comparado. Ningún otro

---

[5] Los blindajes se suelen justificar por beneficiar el crecimiento a largo plazo. Sin embargo, la literatura más atenta contrasta el fundamento de este juicio apriorístico (que, además, no parece venir avalado por la evidencia empírica). *V.* Bebchuk, Lucian A., «The Myth that Insulating Boards Serves Long-Term Value», *Columbia Law Review*, vol. 113, 2013, pp. 1637 ss.; Roe, Mark J., «Corporate Short-Termism –in the Boardroom and in the Courtroom», *The Business Lawyer*, vol. 68, 2013, pp. 977 ss. y Fried, Jesse M., «The Uneasy Case for Favoring Long-Term Shareholders», *Yale Law Journal*, vol. 124, 2015, pp. 1554 ss. Esta literatura cuestiona los beneficios de dar más poder a los socios que tienen inversiones a largo plazo en las sociedades cotizadas.

[6] El trabajo de referencia sobre la materia antecede a la ley y sienta las bases de la cuestión entre nosotros, *v.* Paz-Ares, Cándido, «La anomalía de la retribución externa de los administradores: hechos nuevos y reglas viejas», *InDret*, vol.1, 2014, pp. 1 ss. La doctrina que se ha ocupado de la cuestión se ha limitado en buena medida a reproducir y hacerse eco de tales posiciones. Esto pone en evidencia de nuevo lo refractario de nuestro debate jurídico a la literatura internacional sobre gobierno corporativo. De hecho, es el propio Paz-Ares quien se hace eco de las contribuciones internacionales, aunque solo sea para reubicar, más que revisar, sus tesis, *v.* Paz-Ares, Cándido, «Identidad y diferencia del consejero dominical», *Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de estudios, Madrid, 2019, pp. 124-128.

ordenamiento de nuestro entorno recoge una prohibición expresa a la remuneración por parte de terceras personas. A falta de proscripción específica, la aproximación del Derecho comparado hacia este tipo de remuneraciones externas es de tolerancia en la medida en que no se aprecie un conflicto de interés relevante. También la literatura internacional más atenta -esencialmente proveniente de Estados Unidos- cuestiona que se repriman con carácter general tales retribuciones especiales. Finalmente, la evidencia empírica pone de manifiesto que los mercados de capitales penalizan los blindajes estatutarios que inhabiliten al consejero por recibir complementos retributivos por parte del socio que los designa (v. *infra* 4.2.d). Todas estas razones -de las que se dará buena cuenta a lo largo de este estudio- reclaman que se reconsidere la doctrina de las remuneraciones externas y se reduzca el ámbito de la prohibición.

2. ¿Sirve el *golden leash* al buen gobierno corporativo?

Como ya se ha avanzado, el propósito de estas páginas es fijar la atención sobre un tipo particular de remuneraciones externas, las que están detrás del interés despertado por la materia y el debate suscitado en el ámbito internacional. Me refiero a la retribución suplementaria que satisfacen los accionistas activistas a los administradores que han sido promocionados por ellos para servir en los consejos (el llamado *golden leash*).

En España, lo habitual es meter todas las remuneraciones externas en el mismo saco y analizarlas en sede de los deberes fiduciarios de los administradores[7]. El reproche fiduciario hacia este tipo de remuneraciones es de tal calibre que conduce, ni más ni menos, que a su prohibición total (salvo, claro está, que el socio mayoritario las dispense mediante acuerdo de Junta). Se viene a decir que la mera existencia de un suplemento retributivo abonado por el socio minoritario a su consejero dominical supedita irremediablemente al administrador a la agenda cortoplacista del socio e imposibilita su independencia como administrador de la sociedad. Me ocuparé de confrontar esta perspectiva más adelante. De momento, corresponde esforzarse por abrir el foco del análisis para tratar de enjuiciar tales remuneraciones desde un prisma más funcional. Esta forma de suplementar la retribución que la sociedad satisface al administrador por el desempeño de su cargo fue concebida en el entorno empresarial norteamericano con el propósito de incentivar la actuación de los administradores nombrados por los activistas. Estos administradores en concreto se enfrentan a retos específicos que no afectan a otros administradores, como son, entre otros, los de lograr representación en una elección contestada -el *proxy fight*-[8], soportar el coste de disentir y enfrentarse a los *insiders* que

[7] Paz-Ares, Cándido, «Identidad y diferencia del consejero dominical», *Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de estudios, Madrid, 2019, pp. 124-128 se plantea una aproximación más indulgente. Así, afirma en la p. 127, («No obstante, aun cuando ponen de manifiesto que en el caso de los dominicales las retribuciones externas -como indicábamos en un estudio anterior- no revisten "especial gravedad" y avalan una aproximación "más indulgente", en nuestra opinión no justifican el tratamiento diferencial»).

[8] Los *proxy fights* presentan muchos obstáculos para las listas minoritarias. Uno importante es la dificultad de convencer a los socios de su capacidad para implementar con éxito sus políticas y dirigir la sociedad, pues, a fin de cuentas, los socios conocen a los que están, pero no a la alternativa, Bebchuk, Lucian, Hart, Oliver, «Takeover Bids vs. Proxy Fights in Contests for Corporate Control», *Journal of Financial Economics,* vol. 60, 2001, pp. 3 ss. Sobre el funcionamiento de los proxy fights, *v.* Hirst, Scott, «Universal Proxies», *Yale Journal on Regulation*, vol. 35, 2018, p. 437 ss; Bainbridge, Stephen., *Advanced Corporation Law*, Foundation Press, St. Paul, 2021, pp. 459 ss; Cools, Sofie., «Shareholdder proposals shaking up shareholder say: a critical comparison of the United States and Europe», en Afsharipour, Afra; Gelter, Martin (eds.), *Comparative Corporate Governance, Cheltenham, Edwar Elgar*, 2021, pp. 302-323.

controlan la sociedad, y promover en su caso la agenda de los activistas para la marcha futura de la sociedad.

El *golden leash*, así mirado, se revela como un fenómeno nuevo en el ámbito del gobierno corporativo, que ha surgido de la mano de los inversores activistas[9]. La cuestión que corresponde dilucidar es si se trata de una innovación beneficiosa -los incentivos así diseñados mejoran el gobierno corporativo y aportan valor a la sociedad-, o perjudicial, -el nuevo sistema de incentivos detrae valor de la sociedad-. En España se han expuesto sobradamente los argumentos que condenan a estas retribuciones como prácticas perjudiciales para el interés de la sociedad (y que se revisarán más adelante, v. *infra* 4). En cambio, las razones que militan en el lado de los beneficios que el *golden leash* proporciona al gobierno de las sociedades parecen haber pasado inadvertidas a la mayoría de la literatura española, aunque estén bien acreditadas por la literatura internacional[10]. Merece la pena tomarlas en consideración, al menos como posibilidad: el suplemento retributivo podría aportar ventajas de reclutamiento y de incentivos de los consejeros minoritarios, favorecer el alineamiento entre el administrador y los socios externos y suponer efectos positivos en el proceso deliberativo de los consejos de administración.

2.1. Instrumento de reclutamiento de los mejores

La remuneración externa puede ser un mecanismo beneficioso para el buen gobierno de las sociedades porque facilita el reclutamiento de profesionales con experiencia y prestigio para servir como administradores en los consejos. Uno de los retos del gobierno corporativo es conseguir captar capital humano apto para desempeñar las funciones propias de los consejeros en las sociedades. Parece claro que cuanto mayor sea la calidad de los administradores, las sociedades estarán en mejor posición para adoptar decisiones que creen valor para sus accionistas (y eventualmente para la sociedad en su conjunto)[11]. Adicionalmente, está bien acreditado en la literatura especializada que la retribución se revela como un instrumento idóneo para atraer talento y alinear al administrador con los intereses de los socios[12]. Desde esta óptica, la lógica que subyace a las retribuciones suplementarias estaría vinculada a la

---

[9] En este sentido, *v*. Cain, Matthew D. et al., «How Corporate Governance Is Made: The Case of the Golden Leash», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 164, 2016,

[10] Shill, Gregory H. «The Golden Leash and the Fiduciary Duty of Loyalty», *UCLA Law Review*, vol. 64, 2017, pp. 1246 ss.; Cain, Matthew D. et al. (2016); Nili, Yaron, «Servants of Two Masters? The Feigned Hysteria Over Activist Paid Directors», University of Pennsylvania Journal of Business Law, vol. 18, 2016, pp. 509 ss.; Iacobucci, Edward M., «Special Compensation Arrangements for Dissident Directors in Proxy Contests: A Policy Analysis», *Canadian Business Law Journal*, vol. 55, 2015, pp. 365 ss.; Prestidge, Adam, «Activist Compensation of Board Nominees and the Middle Ground Response», *Hastings Business Law Journal*, vol. 11, 2015, pp. 307 ss. Entre nosotros recoge sus postulados Paz-Ares, Cándido, «Identidad y diferencia del consejero dominical», *Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de estudios, Madrid, 2019, pp. 124-127.

[11] Gilson, Ronald, J., Kraakman, Reinier, «Reinventing the Outside Director: An Agenda for Institutional Investors», *Stanford Law Review*, vol. 43, 1991, pp. 863 ss.; Gilson, Ronald J., Gordon, Jeffrey N., «Board 3.0: What the Private-Equity Governance Model Can Offer Public Companies», *Journal of Applied Corporate Finance*, vol. 32, 2020, p. 51 («The large asset managers have made it clear that the major focus of their corporate governance scrutiny is the quality of the company's directors»).

[12] Sobre los beneficios de la remuneración, *v*. por todos, Bebchuk, Lucian, A., Fried, Jesse M., *Pay without performance: the unfulfilled promise of executive compensation*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2004.

necesidad de los activistas de contar con instrumentos para seleccionar y atraer a personas expertas y capacitadas para que les representen en los consejos.

No es dudoso que los fondos activistas cuentan con personas especializadas trabajando para el fondo, sobre todo en materia de reestructuración financiera y gobierno societario. De hecho, en las primeras olas de activismo, era frecuente que los ejecutivos del fondo se sentaran en los consejos de las sociedades en las que obtenían representación[13]. Dominicales puros y duros. Con el tiempo, la estrategia de designación de administradores ha evolucionado hacia el reclutamiento de consejeros independientes -es decir, profesionales de reconocido prestigio y sin vinculación con el fondo- para los puestos en el consejo. Este cambio de orientación está motivado por la voluntad de acreditar que su intervención en las sociedades está en línea con la maximización del interés global de la sociedad. Conforme a dicho propósito, la estrategia de fichar a profesionales del sector que sean independientes de la sociedad y de sus *insiders* -¡y también del propio accionista designante!- ofrece varias ventajas respecto a emplear a dominicales afines.

La primera -y más evidente- es que se rebajan las reticencias respecto a los eventuales conflictos de interés entre el administrador y el accionista activista[14]. En el mercado de capitales norteamericano, donde escasean los socios de control, los independientes son los administradores que mejor representan el interés de los socios frente a los ejecutivos, y por eso lo habitual -coincidente con la recomendación de buen gobierno- es que los independientes sean mayoría en los consejos. Es fácil darse cuenta de que en este entorno los dominicales padecen un cierto descrédito: su presencia en los consejos es (aunque cada vez menos) poco habitual y está fuertemente asociada con la dependencia o la lealtad del administrador respecto del socio que lo nombra y lo puede cesar. Esta doble lealtad hacia la sociedad y el *dominus* despierta el recelo de que el administrador se permita perseguir el interés del socio que lo propone a costa del interés de los otros socios, y conduce en la práctica a un escrupuloso escrutinio judicial de estos supuestos[15]. Como el derecho de sociedades norteamericano penaliza seriamente a los dominicales -los mayoritarios y los minoritarios, conviene aclarar-, los adversarios de los activistas han visto en la falta de dependencia una vía prometedora para sus fines y han cargado las tintas respecto de la vinculación fiduciaria y las acusaciones de

[13] Shill, Gregory H. «The Golden Leash and the Fiduciary Duty of Loyalty», *UCLA Law Review*, vol. 64, 2017, p.1268 ("activists historically have sought to appoint principals of the fund to the boards of their targets").

[14] Shill, Gregory H. «The Golden Leash and the Fiduciary Duty of Loyalty», *UCLA Law Review*, vol. 64, 2017, p. 1256.

[15] Veasey, E. Norman, Di Guglielmo, Christine T., «How Many Masters Can a Director Serve? A Look at the Tensions Facing Constituency Directors», *The Business Lawyer*, vol. 63, 2008, pp. 761- 763.

cortoplacismo[16]. Por eso, eliminar la vinculación del administrador al fondo activista y acreditar buena reputación como independiente hace perder fuerza a este tipo de reproches.

La segunda virtud que proporciona la selección de personas independientes para los fines de los activistas tiene que ver con su idoneidad como candidatos a ser elegidos miembros del consejo[17]. De acuerdo con el sistema electoral norteamericano de listas competidoras -el *proxy fight*-, el socio activista minoritario solo podrá obtener representación en el consejo si consigue que los inversores institucionales voten a sus candidatos.

La articulación del sistema electoral por parte del derecho de sociedades es clave para facilitar la representación de los socios minoritarios. Así, si hay socios de control, el sistema electoral societario para elegir a los administradores va a estar necesariamente dominado por quien tenga la mayoría de los votos, y justamente por eso nuestra normativa societaria corrige el sistema mayoritario para dar voz a los minoritarios a través del sistema de representación proporcional. En cambio, cuando no hay socios de control, como sucede en el caso norteamericano, los socios votarán la lista que presenten los administradores, salvo que se trate de una elección disputada o contestada. Entonces, si los activistas presentan candidatos alternativos a la lista oficial, han de contar necesariamente con el respaldo de otros socios significativos (típicamente, los inversores institucionales) para obtener representación en el consejo. De hecho, los inversores externos pueden ver en estos "superdirectores" propuestos por los activistas una fórmula más eficaz para defender sus intereses que la vía de los consejeros independientes al uso. Los independientes carecen, como colectivo, de la información, la experiencia empresarial, y la motivación necesaria para optimizar el rendimiento de la sociedad, que son justamente las ventajas que ofrecen los candidatos de los activistas[18]. Esta combinación de elementos conduce a que los consejeros independientes tiendan a respaldar las decisiones de los *insiders* en los consejos (en parte, por la dinámica y la presión en favor del consenso y la unanimidad en los órganos colegiados)[19], mientras que los administradores designados por los socios minoritarios sean más proclives a confrontar y disentir de sus políticas.

---

[16] Bainbridge, Stephen, «Can Corporate Directors Take Third Party Pay From Hedge Funds?», (disponible en http://www.professorbainbridge .com/professorbainbridgecom/2013/04/can-corporate-directors-take-third-partypay-from -hedge-funds.html), última consulta el 21 de mayo de 2022, afirma que si esta práctica «*is not [already] illegal, it ought to be*»); Coffee, John C. Jr., «Shareholder Activism and Ethics: Are Shareholder Bonuses Incentives or Bribes?», *CLS Blue Sky Blog*, (disponible en http://clsbluesky.law.columbia.edu/2013/04 /29/shareholder-activism-and-ethics-are-shareholder-bonuses-incentives-or-bribes), última consulta el 21 de mayo de 2022. Este autor lo asimila a los sobornos, y pronostica que su tolerancia llevaría a «[..] *in a broad range of control and proxy fights, with the long-term result being a shift towards greater risk and leverage*»; Lipton, Martin, «Bylaw Protection Against Dissident Director Conflict/Enrichment Schemes», *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, disponible en (https://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2013/05/.), última consulta el 21 de mayo de 2022.

[17] Nili, Yaron, «Servants of Two Masters? The Feigned Hysteria Over Activist Paid Directors», University of Pennsylvania Journal of Business Law, vol. 18, 2016, pp. 539 ss.

[18] Kastiel, Kobi, Nili, Yaron, «"Captured Boards": The Rise of Super Directors and the Case for a Board Suite», *Wisconsin Law Review*, vol.1, 2017, pp.19 ss.

[19] Esto es lo que se llama "*groupthinking*", y se refiere a la tendencia de los grupos muy cohesionados, como es el caso de los consejos, a censurar implícitamente los puntos de vista no preferidos por el grupo, y, de hecho, cualquier información que contradiga o sea inconsistente con la preferencia del grupo. *V*. Langevoort, Donald C., «The Human Nature of Corporate Boards: Law, Norms and the Unintended Consequences of Independence and Accountability», *Georgetown Law Journal*, vol. 89, 2000, pp. 797-810.

En consecuencia, si los activistas quieren tener éxito, han de demostrar que sus candidatos cumplen con los requisitos de competencia y compromiso con el interés de los socios externos para captar el apoyo necesario. Esto significa, en primer término, que deben afanarse por atraer talento a sus filas y asegurarse la experiencia y buena reputación de sus candidatos. Si voces expertas en la industria apoyan el plan de choque que los activistas han ideado para la sociedad, y aprueban su viabilidad y probabilidad de éxito, el favor de los inversores institucionales caerá más fácilmente de su lado. Pero, en segundo término, también supone que deben convencer y persuadir a otros socios significativos de que su candidato va a actuar en el interés de todos los accionistas y no únicamente al servicio de los intereses del fondo activista. Al final, y a diferencia de lo que sucede con los socios de control, los socios minoritarios que buscan influir en las sociedades están obligados a adoptar prácticas de buen gobierno que faciliten obtener el favor de otros inversores. Por eso, cuando se habla de los riesgos de la entrada de los socios minoritarios en los consejos para el interés de la sociedad (entre nosotros se ha catalogado a veces como "balcanización de los consejos"[20]), se pasa por alto con demasiada frecuencia que su influencia se limita a recabar el apoyo de los demás, frente al poder de los dominicales de control, que no necesitan persuadir al resto de la bondad de sus propuestas para sacarlas adelante.

A la vista de lo expuesto, podemos concluir que, dada la preferencia de los inversores institucionales por los consejeros independientes, el sistema de remuneración externa a cargo del fondo permite ampliar el *pool* de dominicales de la casa para incluir a personas competentes y expertas en el sector específico de la industria en el que la sociedad desarrolla su actividad. Esta labor no es sencilla, porque los candidatos más codiciados, además de cobrar sueldos altos, suelen tener reticencias a la hora de representar a un fondo activista[21]. La tarea de representación de los activistas no es muy apetecible para un consejero: saben de antemano que no van a ser recibidos con los brazos abiertos en el consejo porque, al personificar la voz disidente y fiscalizadora, tendrán que enfrentarse a la mayoría. Esta situación de oposición al control les convierte en fácil diana de las críticas: no es difícil colgarles el sambenito de cortoplacistas, de desestabilizadores de los consejos, y de usurpadores de información confidencial.

Por ello, la retribución es un instrumento primordial para atraer a los expertos de primer nivel, con buena hoja de servicios en su haber, y motivados para servir en consejos divididos y hostiles. En palabras de Steve Davidoff Samuelson: "*if you need good people to run for these positions and clean up the company, it is going to cost money*"[22].

2.2. **Mecanismo de alineamiento con el interés de los socios**

La remuneración externa, como cualquier otra compensación, es ante todo un sistema de incentivos para espolear a los administradores a esforzarse para conseguir los objetivos

---

[20] Paz-Ares, Cándido, «La anomalía de la retribución externa de los administradores: hechos nuevos y reglas viejas», *InDret*, vol.1, 2014, pp. 37-39. Sobre el consenso y la cohesión de los consejos, *v*. Sáez Lacave, María Isabel, «Consejeros dominicales minoritarios y buen gobierno corporativo», *InDret*, vol.1, 2022, pp.63 ss.

[21] Nili, Yaron, «Servants of Two Masters? The Feigned Hysteria Over Activist Paid Directors», University of Pennsylvania Journal of Business Law, vol. 18, 2016, pp. 543 ss.

[22] Davidoff Solomon, Steven, «Upping the Ante in a Play for a Stronger Board», *New York Times*, (disponible en http://dealbook.nytimes.com/2013/04/02/upping-the-ante-in-a-play -for-a-stronger-board/? r=1 [https://perma.cc/BXG7-DTAD), última consulta el 21 de mayo de 2022.

marcados. De hecho, la retribución es el mecanismo de incentivos más eficaz para reducir los costes de agencia de los administradores y alinearlos con el interés de los socios[23].

Una de las tentaciones de las conductas oportunistas mejor acreditadas de los administradores es la falta de compromiso para maximizar el valor de la sociedad, esto se conoce como "la vida tranquila": como la supervisión de su actuación es limitada, van a tratar de orientar su esfuerzo para evitar riesgos y pérdidas de valor (el peor escenario sería el concurso), en lugar de aplicarse para aumentar el rendimiento de la sociedad[24]. Esta conducta no se corrige fácilmente con incentivos jurídicos, como los deberes de lealtad, que buscan castigar y desalentar las conductas reprochables, pero no sirven claramente para incentivar las más deseables, como el tesón o el empeño en aumentar el valor de la sociedad. La única manera de incitar a los administradores a mejorar su esfuerzo y el rendimiento de la sociedad es a través de incentivos positivos, como es la retribución. Esta hipótesis está sobradamente contrastada en el caso de los ejecutivos[25]. Desde esta perspectiva, el *golden leash* es una manera novedosa de compensar a los administradores nominados por los activistas para que impulsen su agenda, a sabiendas de que es una tarea incómoda y poco grata.

Pues bien, una vez puesto en valor el carácter de la remuneración como incentivo positivo, se desprende que la actuación maximizadora del valor social llevada a cabo por los administradores minoritarios beneficiará a todos los socios en su conjunto. Si el propósito de los activistas es impulsar el rendimiento de la sociedad, y a tal fin se estructura el paquete de incentivos retributivos de los consejeros que representan sus intereses, sus logros repercutirán en beneficio de los socios externos. Bien mirado, si el valor de la sociedad aumenta, los socios en su conjunto se aprovechan de un sistema de incentivos que ni han costeado ni han tenido que vigilar o supervisar. Esto se corresponde con la noción de la externalidad positiva. Lo que sucede es que no todos los socios ganan con la entrada de los activistas. Si la presencia de los activistas pone en jaque la extracción de beneficios privados del control por parte de ejecutivos y socios mayoritarios, el incremento de los beneficios repartibles puede no compensar la pérdida de beneficios privados para los *insiders*, esto explicaría la animosidad frente a los activistas.

2.3. Mecanismo para impulsar la calidad del proceso deliberativo del consejo

Finalmente, el tercer beneficio que aportan las retribuciones externas se refiere al funcionamiento de los consejos de administración. La intuición es que cualquier instrumento que facilite la representación de los accionistas minoritarios en los consejos a través de consejeros expertos e incentivados, repercutirá en la calidad del proceso deliberativo y de las decisiones que adopte la sociedad. Esta es la pretensión que hay detrás del llamado activismo accionarial: dar más voz, más poder de decisión a los accionistas minoritarios en el gobierno de las sociedades. Desde esta óptica, el gobierno corporativo tiene el propósito de optimizar el proceso "político" dentro de la sociedad, es decir, favorecer que el poder de decisión se distribuya de la manera más eficiente.

---

[23] Jensen, Michael C., Murphy, Kevin J., «CEO Incentives - It's Not How Much You Pay, But How», *Journal of Applied Corporate Finance*, vol. 22, 2010, pp. 64-76.

[24] Bertrand, Marianne, Mullainathan, Sendhil, «Enjoying the Quiet Life? Corporate Governance and Managerial Preferences», *Journal of Political Economy*, vol. 111, 2003, pp. 1043-1075.

[25] Jensen, Michael, C., Murphy, Kevin J., «Performance Pay and Top-Management Incentives», *Journal of Political Economy*, vol.98, 1990, pp. 225-227.

Esta perspectiva excede la tradicional óptica jurídica del derecho de sociedades, cuya visión del gobierno se plantea en el plano organizativo respecto a la división de competencias entre órganos sociales, y que, en nuestra experiencia societaria, ha conducido a una concepción en exceso formalista y procedimental del sistema de adopción de las decisiones sociales. A mi juicio, la mayor insatisfacción que presenta esta visión institucionalista del derecho de sociedades es que crea la ilusión de que la sociedad funciona como una suerte de *Deus ex machina*, y posterga -o niega, en el extremo- una percepción más realista y, por así decirlo, económica: la sociedad está compuesta por socios significativos que buscan influir en la gestión de la sociedad para hacer valer sus intereses o visiones distintas sobre el uso de los recursos comunes. La abstracción institucionalista se sostiene, en buena medida, porque la existencia de socios o bloques de control, que son comunes en nuestras sociedades, encubre la representación política o de intereses de todos los socios en su favor: "*the winner* -el mayoritario- *takes it all*"-. Al prevalecer la aspiración "operativa" de que el consejo sea ejecutivo y cohesionado, se acepta con toda naturalidad que la voluntad y el interés de la sociedad nazca de consejos dominados por ejecutivos y dominicales de control guiados por sus propios intereses -no necesariamente alineados con el de la maximización del valor conjunto de la sociedad-.

Este modelo de gobierno está en profunda revisión por el desembarco de los fondos que buscan no solo inversiones rentables, sino también influencia en el gobierno de la sociedad. De la mano de estos inversores llegan los dominicales que representan y avanzan sus visiones de la sociedad en el consejo. Se trata de unos consejeros que en principio están bien informados -hay un flujo de información entre el socio y el consejero-, con buenas capacidades para la gestión si están seleccionados correctamente, y que fruto de la estrecha relación que mantienen con el socio, están muy motivados para implicarse en las deliberaciones del consejo. Las consecuencias ya se han dejado apreciar en el gobierno de las sociedades cerradas. La entrada de inversores sofisticados en estas ha llevado a distribuir -a repartir- el poder de decisión de las sociedades a través de la contratación. El gobierno de la sociedad -cómo se distribuye el poder de tomar las decisiones- pasa entonces a ser una función de los pactos alcanzados entre los socios, en lugar de una función de las reglas establecidas por los preceptos del Derecho de sociedades. Lo habitual será entonces que los socios significativos -y no solo los mayoritarios- tengan representación en el consejo y derechos de veto sobre un buen número de asuntos relevantes. Y, por lo que parece, también se verán sus efectos en las sociedades cotizadas: la entrada de fondos activistas está cuestionando el sistema de gobierno tradicional en España y en otros países europeos, dominado por los *insiders*.

Las observaciones anteriores ponen de manifiesto que la entrada de consejeros minoritarios expertos, comprometidos y bien informados en el consejo favorece la deliberación y la negociación de intereses en el seno de la sociedad. Desde esta perspectiva, la retribución suplementaria es un instrumento en manos de los activistas para convencer a sus candidatos, muchos de ellos veteranos conocedores de la industria, para embarcarse en el proyecto de defender su estrategia respecto a la sociedad en la que entran a formar parte del órgano de administración. Los consejeros tendrán la oportunidad de exponer sus puntos de vista, de discutirlos de manera informada con los otros administradores, y de tratar de persuadir a los otros consejeros sobre las bondades de su proyecto, cuyo apoyo necesitan para que resulte aprobado.

3. La introducción de la regla del art. 229.1.e) LSC

La regla prohibitiva del art. 229.1.e) LSC, como el resto de los apartados del precepto, está inspirada en la regulación inglesa. La fuente, por lo tanto, está bien acreditada por su calidad y autoridad en estas cuestiones. Pero si acercamos la lupa, podremos comprobar que el legislador español ha alterado algunos extremos de la prohibición inglesa, convirtiendo a la prescripción española en la materia en una regla sustancialmente distinta a su precedente. Las alteraciones son tres.

a) La primera es la adición específica de las remuneraciones externas. El art. 229.1.e) LSC prohíbe al administrador "obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad". En cambio, la *Section 176 CA 2006* se refiere a la obligación de los administradores de no aceptar beneficios de terceras personas. Se trataría de beneficios que el administrador recibe de terceras personas por el hecho de su condición de administrador, o por lo que hace o deja de hacer como tal. Los beneficios o favores se interpretan de manera amplia, incluyendo los no pecuniarios. Pero la clave está en que no hay una referencia explícita a remuneraciones, ni tampoco la doctrina interpreta que un sistema de retribución externo al de la sociedad tenga cabida en la noción de los beneficios o ventajas.[26]

En realidad, aunque parezca *a priori* que un suplemento retributivo al administrador por parte del socio que designa su nombramiento pertenece a la misma categoría de "ventajas"[27], pronto nos percatamos de que estamos ante una cuestión mucho más compleja. Un esquema retributivo no es propiamente un beneficio, un favor o un regalo, que suscita el agradecimiento del receptor y le fuerza a actuar en beneficio del donante. Se trata más bien de un pago como contraprestación a un servicio profesional. Es fácil entender que la representación de intereses es un cometido que, cuanto más profesionalizado esté, más va a costar dinero al que lo promueve. Como en cualquier otra relación de agencia, al existir una asimetría de información entre el principal y el agente, el representante ha de estar muy motivado o sujeto a una fuerte supervisión para que haya cierta garantía de que va a desempeñar bien su misión. Desde esta óptica, tiene toda lógica que el socio busque sistemas remuneratorios para suplementar la retribución que el administrador recibe de la sociedad por el desempeño del cargo. Es más, el carácter remuneratorio se aparta de la noción de beneficio en la medida en que la fórmula de la compensación queda fijada y explicitada *ex ante*: se elimina así la posibilidad de que el socio designante pueda amenazar con modificar dicha fórmula y así influir en el juicio del consejero cuando ha de decidir sobre una materia comprometida[28].

---

[26] *V.* entre otros, Davies, Paul L., Gower, Lawrence CB., *Principles of modern Company law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2012, p. 611.

[27] *V.* por ejemplo, Portellano Díez, Pedro, *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Civitas, Madrid, 2016, p.121 o Sánchez Álvarez, M., «La prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros (Artículo 229.1.e) LSC)», *Revista de derecho bancario y bursátil*, vol. 140, 2015, pp. 43-76.

[28] Shill, Gregory H. «The Golden Leash and the Fiduciary Duty of Loyalty», *UCLA Law Review*, vol. 64, 2017, p. 1269. Cain, Matthew D. et al., «How Corporate Governance Is Made: The Case of the Golden Leash», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 164, 2016, p. 670 («*It is worth pointing out that most golden leash compensation arrangements, including the ones in Hess, Agrium, and Forest, are hardwired. The activists had already agreed, in a binding contract, to make the supplemental payments if their nominees, once seated, hit the specified performance hurdles, leaving the activists with no subsequent discretion as to whether or not to make the payments—the payments would be required if the profit hurdles were achieved. As a result, the nominees would have no need to curry favor with the activist*»).

Es cierto, con todo, que aun tratándose de dimensiones distintas a los "beneficios", la remuneración también puede tener un elemento de captura del administrador con el fin de rebajar la observancia de sus deberes de lealtad como administrador y modular su libertad de criterio en favor de quien le retribuye. Sobre estas cuestiones me detendré más adelante (v. *infra*. 4.3). Pero lo que importa reseñar en este momento es que ese elemento de captura no depende del carácter externo de la retribución. Hay evidencia de retribuciones "internas", abonadas por la sociedad, con el fin de alinear al administrador con el interés del socio de control[29] y no con el de la sociedad. Esto anima a pensar que la terminología usada por la ley, poniendo el acento del reproche en el carácter externo de la remuneración, en contraposición al interno (proveniente de la sociedad o del grupo) no es neutral.

b) La segunda modificación es más sustantiva. La incorporación de la remuneración externa a la norma altera su *ratio*: mientras el reproche de la regla inglesa es la corrupción del administrador que recibe el beneficio o la comisión, la regla española coloca el centro de gravedad de la prohibición en la falta de independencia del administrador. Se cambia el propósito de la regla, que se desvincula de la racionalidad de la norma inglesa[30]. Siguiendo esta interpretación, la LSC identifica la existencia de remuneraciones externas como el caso paradigmático del riesgo de dependencia de la relación dominical. Como se verá, tal calificación peca de parcialidad: no está avalada por la evidencia y señala únicamente a los dominicales minoritarios, que son los administradores que típicamente reciben este tipo de retribuciones suplementarias externas. Un lector cínico de la norma podría concluir que los dominicales mayoritarios, en la medida en que es más que improbable que vayan a recibir este tipo de incentivos retributivos "externos" a la sociedad, no presentan riesgos de captura o de actuación "dependiente".

c) La tercera diferencia de la norma española respecto del precedente británico afecta a las excepciones. La norma inglesa deja fuera de la aplicación de la regla las situaciones en las que, aun existiendo el beneficio conferido por otra parte, no supone o determina un conflicto de

---

[29] Existe evidencia de que los socios de control usan la remuneración para ganar la lealtad de los ejecutivos. Kastiel, Kobi, «Executive Compensation in Controlled Companies», *Indiana Law Journal*, vol. 90, 2015, pp. 1131-1154, defiende que los socios de control pueden pagar en exceso a los ejecutivos para alinearlos con ellos y su interés, que no siempre es coincidente con el interés de la sociedad. Esta hipótesis ha sido analizada empíricamente en relación con diversos países con propiedad concentrada. *V*. Hamdani, Assaf, Yafeh, Yishay, «Institutional Investors as Minority Shareholders», *Review of Finance*, vol. 17, 2013, pp. 691-725. En un estudio con datos de Israel, los autores hallan que los inversores institucionales suelen oponerse a las propuestas de retribución de los ejecutivos en sociedades controladas, lo que constituiría una prueba, según los autores, de que la retribución no está bien diseñada y claramente supone una preocupación para los inversores en sociedades controladas. En la misma línea, Barontini, Roberto, Bozzi, Stefano, «Board Compensation and Ownership Structure: Empirical Evidence for Italian Listed Companies», *Journal of Management and Governance*, vol. 15, 2011, pp. 59-84, en un estudio con datos de sociedades italianas, concluyen que, para los ejecutivos que reciben mayores retribuciones en su muestra, el exceso de retribución respecto a la media está correlacionado negativamente con el rendimiento futuro de la sociedad. La explicación que ofrecen los autores es que el exceso de retribución sirve para comprar la lealtad de los ejecutivos hacia los socios de control y los lleva a apoyar operaciones que benefician a los socios de control, pero perjudican a los minoritarios y se reflejan en menores rendimientos de la sociedad

[30] Portellano Díez, Pedro, *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Civitas, Madrid, pp. 114 y ss. Coloca los supuestos de corrupción en el art. 229.1. b). En concreto, en la p. 115: «Por tanto, el espacio natural del art. 229.1. e) LSC es el que aquellas ventajas o remuneraciones que sin propósito corrupto, pueden, por las circunstancias, llegar a poner en peligro la independencia que requiere el cargo de administrador».

interés[31]. La regla española rebaja y devalúa la excepción relevante de ausencia de conflicto de interés a la salvedad de "que se trate de atenciones de mera cortesía". En otras palabras, nuestra ley, al rechazar la excepción material de inexistencia de conflicto, considera que siempre existe conflicto, a pesar de que la remuneración estuviera diseñada de modo que supusiese un incentivo para actuar en interés de todos los socios (esto excluiría el conflicto de interés propiamente tal).

Esto resulta todavía más curioso si tenemos presente que se ha querido ver en esta prohibición el anclaje de la regla "ningún beneficio" o "*no profit*" en el Derecho de sociedades, cuyo fundamento se residencia en el art. 1720 CC. En este punto, también es conveniente hacer alguna puntualización. La primera tiene que ver con la comparación con el derecho inglés[32]. La *Section 176* no consagra la regla *no profit*, sino que se limita a codificar la prohibición a recibir comisiones o sobornos establecida por las reglas del *common law*[33]. Dicho esto, la regla *no profit* en derecho inglés no es una regla autónoma y separada, sino que se encuentra de alguna manera embebida y supeditada a la regla *no-conflict*[34]. Es un sub-producto de la regla que prohíbe los conflictos de interés, y, en consecuencia, sus parámetros de aplicación y de interpretación son los de aquella. Esto significa que lo relevante no es que haya un beneficio para el administrador aisladamente considerado, sino que en la producción de dicho beneficio se haya incurrido en un posible conflicto de interés en sentido estricto (y no meramente procedimental) entre el interés de la sociedad y el interés del administrador.

Esta cuestión nos conecta con la segunda observación y que tiene que ver con la tentación de extender milimétricamente las reglas del mandato al ámbito societario. No cabe duda de que la regulación nuclear de las relaciones fiduciarias en los países de tradición codificada está en el régimen legal del contrato de mandato, y que este tipo de relación nos ayuda a explicar la realidad de los conflictos que subyacen en la figura del administrador de las sociedades (y que con frecuencia la concepción institucionalista de los órganos sociales tiende a postergar o ignorar). Pero mientras el interés del principal es fácil de establecer cuando estamos ante un mandante individual, es mucho más complejo cuando se trata de una multiplicidad de socios. Los socios tienen preferencias e intereses distintos, y entre ellos se suscitan luchas de poder. Cuando se dice que el principal es la sociedad (como si fuera un solo *dominus*), y se alude a la competencia de la Junta para definir el interés social, se oscurecen deliberadamente los incentivos y los conflictos de interés entre los socios, que suscitan los problemas de gobierno reales -y no meramente procedimentales o ficticios- de las sociedades.

4. La ratio de la prohibición: la perspectiva fiduciaria

[31] El artículo predica de la siguiente forma: *176 (4): «This duty is not infringed if the acceptance of the benefit cannot reasonably be regarded as likely to give rise to a conflict of interest».* A este respecto, Witney, Simon, «Corporate opportunities law and the non-executive director», *Journal of corporate law studies*, vol. 16, p. 152, nota 36, «*In any event, s 176(4) makes it clear that a conflict of interest is also required in order for the section to be breached, so it is clear that even if the courts were to interpret the provision more broadly, they will still need to go further than simply establishing that the benefit arose 'by reason' of the director's directorship and find some actual or possible conflict*».

[32] Paz-Ares, Cándido, «La anomalía de la retribución externa de los administradores: hechos nuevos y reglas viejas», *InDret*, vol.1, 2014, p. 16.

[33] *V.* caso *Attorney-General for Hong Kong v. Reid* (1994), Nueva Zelanda.

[34] Kershaw, David, *Company law in context: text and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 519 ss. Asimismo, *v.* Hannigan, Brenda, *Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 11-12 («*There is one rule, a no-conflict rule, and a prohibition on profiting when in a position of conflict*»).

Es momento de entrar en el núcleo de la cuestión. El examen de la oportunidad de las remuneraciones externas se hace en clave fiduciaria, y por eso la ley las cataloga como un supuesto paradigmático de conflicto de interés que el administrador está obligado a evitar. Sin embargo, la prohibición de remuneraciones externas encuentra un encaje un tanto forzado en la tipología de los conflictos de interés del administrador. Este apartado de la ley tipifica conductas o comportamientos dentro del margen de maniobra del ejercicio de las funciones de administrador que entrañan un riesgo potencial para el interés de la sociedad. El propósito de la norma no es otro que poner en guardia al administrador frente a este tipo de situaciones conflictivas. Por ello la ley de sociedades le impone una obligación de evitarlas, o en su caso, de comunicarlas. Pues bien, la particularidad de la prohibición de remuneraciones externas es que no guarda necesariamente relación o parentesco con la obligación impuesta al administrador de evitar situaciones de conflicto de interés en el ejercicio de sus funciones como administrador de la sociedad, ni con la tipología de otros conflictos de interés referidos en el art. 229.1 LSC (como por ejemplo usar el nombre de la sociedad o su condición de administrador*). La prohibición no avisa o advierte al administrador en ejercicio, sino que más bien califica o caracteriza al administrador que recibe tales prestaciones como inhábil para desarrollar sus funciones*. Así mirado, como la norma no se circunscribe a los sobornos o las dádivas de personas extrañas -como es el caso de la regla inglesa, en el que claramente se conmina al administrador a evitar tales beneficios en el trascurso de actividad- sino que el núcleo de la prohibición reside en la percepción de retribución complementaria desde su nombramiento, la conexión sistemática de la prohibición se establecería más bien con el 228 d) LSC. En otras palabras, la regla, según se viene interpretando, no se refiere tanto a un tipo de conflicto de interés propiamente dicho, una situación concreta y específica dañina para la sociedad, que demanda un comportamiento adecuado dentro de la esfera de actuación del administrador, sino que tipifica un peligro abstracto. Su propósito es más bien identificar y calificar a las remuneraciones externas como una expresión de la falta de independencia del administrador respecto de instrucciones o vinculaciones con terceros. Como ha destacado unánimemente la doctrina española, la preocupación que subyace es que la remuneración externa puede potencialmente crear un conflicto de lealtades al administrador entre promover el interés de la sociedad y cumplir con los deseos de su *dominus*[35].

Centrado el análisis, corresponde indagar en los fundamentos de la prohibición. La idea genérica de la retribución externa como mecanismo para asegurar la lealtad del administrador hacia quien le retribuye es intuitiva y aparentemente sólida y convincente. Con todo, una aproximación más analítica y menos apriorística de la cuestión pone al descubierto algunas incongruencias. Hay tres estadios de la argumentación sobre el recelo que suscitan las retribuciones externas que se suelen asimilar y confundir. Como se podrá comprobar, al ir descubriendo y esclareciendo los velos de la argumentación, se va destilando la esencia del riesgo que ha de ser abordado por el Derecho de sociedades. La primera línea de reproche a la

[35] *V.* Gimeno Ribes, Miguel, *Régimen jurídico de los sistemas de retribución de los administradores sociales*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 257 («la racionalidad del art. 229.1 e) tiene que ver con el planteamiento según el cual el administrador en cumplimiento de su deber de lealtad, debe perseguir únicamente el interés social y añade ("…puede derivarse una presunción de que el gestor actúe siguiendo los planteamientos de quienes realizan los correspondientes abonos»); García García, Enrique, «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», en García-Cruces y Sancho Gargallo (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 3160; Portellano Díez, Pedro, *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Civitas, Madrid, 2016, p. 115.

remuneración externa juzga el interés "particular" del socio que abona el suplemento remuneratorio al dominical (v. *infra* 4.1). La siguiente línea en la argumentación censura el cercenamiento de la libertad de criterio del dominical que recibe un suplemento retributivo de su *dominus* (v. *infra* 4.2). La última línea de la argumentación desaprueba los suplementos retributivos diseñados y estructurados para ganarse el favor del administrador (v. *infra* 4.3).

4.1. El reparo relativo al interés particular del socio que remunera al consejero

El primer estadio de la argumentación se refiere a cómo puede afectar la remuneración externa a la sociedad cuando los intereses o las visiones sobre la estrategia de la sociedad del socio que nombra al dominical son, en abstracto, opuestos o antagónicos al interés de la sociedad. Este razonamiento se ha construido en relación con las motivaciones de unos inversores determinados, los fondos activistas. Sin embargo, como se verá, el descrédito de las intenciones e intereses de los socios minoritarios goza de cierta tradición en nuestra experiencia, precisamente para limitar o cercenar su posición o sus derechos dentro de la sociedad. En el caso que nos ocupa, los detractores de los activistas han visto en el suplemento remuneratorio que habitualmente abonan los *hedge funds* un nuevo flanco para sus críticas, y vienen alegando que la peligrosidad de las remuneraciones externas se sustentaría en que inducen al administrador a promover políticas cortoplacistas perjudiciales para la sociedad[36]. Esta es, sin duda, la línea argumentativa con mayor carga retórica que se ha esgrimido para desacreditar la influencia de los administradores nombrados por los *hedge funds* en los consejos de administración. Su propósito es apuntalar la convicción de que la entrada de tales activistas en las sociedades comporta graves riesgos para el resto de los socios, e incluso, para el sistema económico y empresarial en su conjunto. Una amenaza de estas características -prosigue el argumento- nos conmina a reaccionar decididamente y ponerle coto. Como si se tratara de una suerte de blindaje anti-intrusos, prohibir o impedir las remuneraciones externas estaría legitimado para proteger a las sociedades de unos socios que buscan su ganancia a costa del interés social, e incluso, del interés general.

Más allá del ardor de la argumentación blandiendo los males asociados al cortoplacismo, este tipo de narrativas tienen poco recorrido societario. La razón es fácil de vislumbrar: el riesgo de oportunismo de que unos socios utilicen este tipo de argucias para reducir los derechos de otros socios en su propio provecho es demasiado alto y muy difícil de administrar.

(i) En términos generales, entrar a valorar las motivaciones o los fines de los inversores nos lleva a un terreno sumamente resbaladizo. Sean cuales fueren las motivaciones o fines para invertir en la sociedad, la valoración abstracta de los mismos no constituye una base sólida para cercenar sus derechos como socio, y en particular, el derecho de participar en el consejo nombrando un administrador sobre la base del sistema proporcional. Los socios tienen -legítimamente- distintos intereses y horizontes de inversión, y sus motivaciones particulares no constituyen base firme para discriminar la posición jurídica de unos socios frente a otros dentro de la sociedad[37].

---

[36] *V.* nota 11.

[37] Sáez Lacave, María Isabel, «Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas», *InDret*, vol.1, 2016, pp. 19 ss.; Carrasco Perera, Ángel, «Racionalidad económica y deberes de lealtad de los socios», *Foro de Derecho Mercantil: Revista internacional*, vol. 40, 2013, pp. 127- 150.

(ii) Adicionalmente, prohibir las retribuciones externas y obstaculizar el nombramiento de dominicales minoritarios por razón de las supuestas intenciones espurias del socio despierta suspicacias porque, amparándose en la protección de la sociedad, se interfiere en el proceso electoral diseñado por la sociedad para distribuir el poder de decisión entre los socios. El poder de los socios de elegir y sustituir a los administradores es uno de los fundamentos más elementales del gobierno de las sociedades y, por ello, la restricción del poder de influencia de los socios en la sociedad a través de su capacidad de elegir a los administradores debería ser un límite infranqueable de las reglas de juego[38]. En las sociedades de capital, la capacidad de influencia de los socios en la sociedad viene determinada por su participación y el derecho de sociedades garantiza que no solo los mayoritarios, sino también los minoritarios, puedan ver sus intereses representados en el consejo de la sociedad (*arg. ex*. art 243 LSC). De ahí que la maniobra de proteger el interés de la sociedad ante la amenaza abstracta de un interés genérico de un socio como distinto al supuesto interés de la sociedad, limitando con carácter general su derecho a influir y componer el interés social a través de su representación en el consejo se hace muy difícil de justificar y acreditar. Desde una perspectiva de gobierno corporativo, la protección del interés social no se alcanza vetando la entrada de inversores al consejo, sino más bien facilitando la negociación y deliberación leal en el seno del mismo. Además, no debemos perder de vista que los blindajes anti-activistas, como cualquier otra clase de salvaguarda, son cuestionables porque reducen la calidad del gobierno: atrincheran a los *insiders* en el control, reducen la supervisión sobre su conducta, y conducen a que estos se preocupen más de sus intereses particulares que de la sociedad y del resto de los socios[39].

(iii) Tampoco hay base legal para asentar deberes de lealtad de los socios que permitan modular otros derechos de los socios, como el derecho de voto. Más allá de la obligación de comportarse conforme a la buena fe, los socios pueden ejercitar sus derechos como socios con total libertad y, al margen de los estrechos límites de las obligaciones de abstención en caso de un conflicto de interés ex art. 190.1 LSC, no están obligados a subordinar su interés personal al interés de la sociedad[40]. Si ni siquiera se reconocen entre nosotros a las claras los deberes de lealtad en relación con los socios de control, que ostentan *de facto* una posición genuinamente fiduciaria hacia el resto de los socios derivado de su poder de decisión, es difícil reclamarlos respecto de

---

[38] Bebchuk, Lucian A., «The Myth of the Shareholder Franchise», *Virginia Law Review*, vol. 93, 2007, pp. 675 ss.

[39] El caso de los *staggered boards* es muy ilustrativo. Se trata de una provisión estatutaria para prevenir que los socios puedan remover la mayoría del consejo de una tacada. Bebchuk, Lucian et al., «The Powerful Antitakeover Force of Staggered Boards: Further findings and a reply to symposium participants», *Stanford Law Review*, vol. 55, 2002, pp. 887 ss.; Cohen, Alma, Wang, Charles C.Y., ¿«How Do Staggered Boards Affect Shareholder Value? Evidence from a Natural Experiment», *Journal of Financial Economics*, vol. 110, no. 3, pp. 627-641. Otras visiones más críticas con esta literatura, *v*. también, Cremers, K. J. Martijn, Litov, Lubomir P., Sepe, Simone M., «Staggered Boards and Long-Term Firm Value, revisited», *Journal of Financial Economics*, vol. 126, 2017, pp. 422-444.

[40] Los deberes de lealtad son propios de las relaciones fiduciarias, y, por ello, están reservados a los administradores. En puridad, solo alcanzarían al socio si tiene capacidad de decisión o de control, como ocurre en otras sistemas jurídicos (p. ej., en Estados Unidos): Anabtawi, Iman, Stout, Lynn, «Fiduciary Duties for Activist Shareholders», Stanford Law Review, vol. 60, 2008, pp. 1255-1265, («*courts have held that majority shareholders, like corporate officers and directors, owe a fiduciary duty of loyalty to minority shareholders that precludes them from using their positions as controlling shareholders to extract material economic benefits from the firm at the minority's expense*»). V. Sáez Lacave, María Isabel, «Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas», *InDret*, vol.1, 2016, pp. 19 ss.

los socios minoritarios, dado que su influencia en la sociedad no nace de su poder de voto, sino de su capacidad de persuadir a otros socios para que apoyen sus propuestas[41].

Sin embargo, denunciar a la remuneración externa como correa de sujeción del administrador a las políticas cortoplacistas de sus mentores se sustenta en la tentativa de determinar criterios claros y delimitadores entre unos socios -cuyos intereses se definirían como alineados con el interés de la sociedad en conjunto- y otros socios - cuyos intereses *a priori* se consideran confrontados con el de la sociedad-. Esta aproximación tiene dos vertientes bien diferenciadas: la pragmático-empírica y la conceptual-dogmática.

a. El análisis empírico

La aproximación más realista y pragmática es la imperante en los Estados Unidos en relación con las acusaciones de cortoplacismo que se han vertido respecto de los fondos activistas. La irrupción de los *hedge funds* en el panorama societario ha sido un fenómeno que ha convulsionado el gobierno de las sociedades norteamericanas y ha dividido el debate académico y social -abogados, medios de comunicación, hasta los políticos- entre defensores y detractores del papel que desempeñan estos fondos en las sociedades y en la economía del país. La amenaza del cortoplacismo es quizás el relato más habitual para desacreditar y despertar la animadversión contra los activistas. El cuento no puede ser más simple: las inversiones y la estrategia a corto plazo es la causa de la caída del crecimiento, de la pérdida de competitividad y capacidad de innovación y de la inestabilidad en el empleo de las sociedades norteamericanas. En el terreno académico, el debate ha sido muy intenso entre quienes acusan a los *hedge funds* de cortoplacistas y justifican por ello el derecho de sociedades facilite blindajes frente a la entrada de estos inversores[42], y quienes no ven indicios de que el cortoplacismo sea la causa de todos los males de las empresas (desde la falta de competitividad o de innovación, a la pérdida de empleos), sino más bien una excusa para el atrincheramiento del control[43], y sostienen que los activistas tienen efectos positivos en el gobierno de las sociedades[44].

En esta cuestión, en el ámbito académico, como viene ocurriendo en la mayoría de los debates sobre cuestiones societarias en los sistemas jurídicos más desarrollados, el pragmatismo se ha impuesto sobre la retórica: el estudio cuidadoso de los datos que arroja la realidad se ha considerado preferible al choque de apriorismos conceptuales. Ello ha llevado la discusión al terreno de los estudios empíricos. El reproche inicial hacia los fondos activistas como inversores cortoplacistas, que tenía la apariencia sobre el papel de sólido y consistente, se ha ido desinflando. Por de pronto, no hay controversia sobre la reacción positiva a corto plazo de

---

[41] El estándar americano del *entire fairness* no se puede identificar sin muchísimas cautelas con la inversión de la carga de la prueba del art. 190.3 LSC. *V.* Sáez Lacave, María Isabel, «Consejeros dominicales minoritarios y buen gobierno corporativo», *InDret*, vol.1, 2022, p. 31, nota 79.

[42] Coffee, John C. and Palia, Darius, «The Wolf at the Door: The Impact of Hedge Fund Activism on Corporate Governance», *Annals of Corporate Governance*, vol. 1, 2016, pp. 1-94; Bratton, William W., Wachter, Michael L., «The Case Against Shareholder Empowerment», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 158, 2010, pp. 653-728.

[43] Roe, Mark J., *Missing the Target: Why Stock-Market Short-Termism Is Not the Problem*, Oxford University Press, Oxford, 2022; Roe, Mark J., «Corporate Short-Termism –in the Boardroom and in the Courtroom», *The Business Lawyer*, vol. 68, 2013, pp. 997 ss.

[44] Bebchuk, Lucian A. et al.: «The Long-Term Effects of Hedge Fund Activism», *National Bureau of Economic Research*, vol. 115, 2015, pp. 1085 ss; Bebchuk, Lucian A.: «The Myth That Insulating Boards Serves Long-Term Value», Columbia Law Review, vol. 113, 2013, p. 1637.

los mercados de valores, que está bien contrastada. El debate se ha centrado en si el efecto positivo de la entrada de los activistas en las sociedades se mantiene en el largo plazo. En el fondo se trata de comprobar si los activistas crean valor duradero a través de los cambios operativos y estratégicos que imprimen a la sociedad o son meros incrementos de valor causados por la ingeniería financiera, que no perduran en el largo plazo[45]. Este ha sido un terreno muy fructífero para el estudio empírico en los últimos años. Los estudiosos se han empleado a fondo en acreditar si el activismo de los *hedge funds* despliega efectos reales (y no meramente financieros) a largo plazo en el rendimiento de la sociedad, fijando su atención en múltiples aspectos, tales como productividad, innovación e investigación, etc.[46] La conclusión que se alcanza es que la evidencia empírica no avala las consecuencias adversas para la sociedad que los críticos del activismo venían pronosticando. Más bien al contrario, la evidencia corrobora los efectos positivos del activismo en el rendimiento de la sociedad y en su gobierno corporativo.

b. El análisis dogmático

Por su parte, la aproximación conceptual-dogmática tiene más tradición en jurisdicciones como la nuestra, menos proclives a la evidencia empírica. La caja de herramientas o el instrumental a disposición del jurista para examinar la oportunidad de innovaciones corporativas, como es el caso del *golden leash*, es la dogmática. El análisis dogmático no cuenta con modelos teóricos o pruebas estadísticas para reparar en la funcionalidad de la innovación o indagar en el análisis coste-beneficio de esta u otros fenómenos nuevos en el gobierno corporativo. Al no disponer de instrumentos para concluir si la innovación es beneficiosa o perjudicial en la realidad de las empresas, el estudio que se lleva a cabo es más bien conceptual y exegético del derecho positivo a través de herramientas dialécticas y argumentativas. El examen al uso sobre la oportunidad de las remuneraciones externas se asienta en el valor retórico y de convicción de un relato y unos conceptos-fuerza: un riesgo difuso y abstracto como es el cortoplacismo -poco o nada contrastado en la realidad-, pero que se percibe de manera generalizada e intuitiva como una amenaza grave y cierta. Esta manera de transformar riesgos abstractos para el interés de la sociedad en ideas fundamentadoras de soluciones jurídicas tiene cierta tradición entre nosotros, con precedentes en nuestro derecho de sociedades como es el caso de "los intereses opuestos a los de la sociedad" del art. 224.2 LSC o el "conflicto permanente" del art. 229.1 f) LSC. Con todo, como es fácil de apreciar, el recurso normativo a fórmulas abstractas destinadas a prevenir los riesgos para la sociedad derivados de la infracción de los deberes de los administradores responde al laudable objetivo de frenar conductas perjudiciales. La dificultad reside en que presenta el serio inconveniente de que también puede suponer la obstaculización de conductas y operaciones potencialmente productivas para la sociedad. Por eso, la definición de los deberes de lealtad ha transitado históricamente desde prohibiciones generales a un tratamiento más quirúrgico y funcional de las conductas perniciosas que deberían evitarse, aunque en la legislación española, como se puede apreciar mirando al texto de la LSC, este proceso de especialización ha sido más acumulativo que sustitutivo.

---

[45] Sobre esta línea de argumentación, *v.* Lipton, Martin et al.: «Do Activist Funds Really Create Long Term Value?», *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, 2014.

[46] Para una revision de la literatura empírica, *v.* Brav, Alon et al.: «Governance by Persuasion: Hedge Fund Activism and Market-based Shareholder Influence», *European Corporate Governance Institute – Working Paper*, vol. 797, 2021.

Adicionalmente, la fuerza del relato -tanto el empleado para el socio cortoplacista como para el socio competidor- ha conseguido trasladar la atención desde los riesgos fiduciarios de los administradores, que sí están sujetos a deberes fiduciarios, a (algunos) socios (que no son necesariamente fiduciarios del conjunto de los socios). La interpretación tradicional de los intereses contrapuestos a los de la sociedad se circunscribían a la figura de los administradores como una expresión un tanto tosca y rudimentaria de su deber de lealtad: a fin de cuentas, los administradores tienen una relación fiduciaria con la sociedad y, por ello, obligación de subordinar sus intereses particulares y evitar conflictos de interés con la sociedad. Pero más recientemente se ha venido poniendo el foco de tales normas no tanto en los intereses particulares de los administradores, sino más bien en los intereses o las motivaciones de los socios que los nombran, si no tienen el control de la sociedad[47]. Esta manera de manejar los riesgos potenciales para la sociedad derivados de las motivaciones o intereses de los socios con poder de influir en las decisiones de la sociedad peca de apriorístico y de categórico. Esto se comprueba con facilidad en la tentativa de incluir la remuneración externa en este saco.

La primera línea de razonamiento tiene que ver con los límites de los conceptos abstractos para fundar resultados concretos. El riesgo del cortoplacismo, como cualquier otro que se trate de elevar como consustancialmente opuesto al de la sociedad, es demasiado abstracto y especulativo, y por ello no ofrece certidumbres para discriminar a unos socios frente a otros. Pero tampoco permite evaluar o enjuiciar correctamente las actuaciones de los dominicales en caso de conflicto de interés. Como la actuación de los administradores no se puede sujetar a protocolos mecánicos de actuación, porque se basa en actuaciones inherentemente discrecionales -esta es justamente la naturaleza de los costes de las relaciones fiduciarias-, los conflictos de interés han de ser concretos y verificables para que puedan ser manejables por parte del Derecho. Esto nos lleva a la necesidad de analizar el cumplimiento de los deberes de lealtad del administrador en relación con la decisión y las particularidades del caso concreto, y no en relación con una mera amenaza abstracta al interés de la sociedad.

La otra línea argumentativa tiene que ver con la dudosa técnica de conceptuar intereses de los socios como opuestos a la sociedad para descalificar a los dominicales que les representan. Algunas de estas motivaciones o intereses que se cuentan entre los deberes de lealtad de los administradores reflejan preferencias de inversión de los socios y exceden los confines naturales de la comunicación de conflictos de las personas vinculadas. En buena lógica, solo se debería poder utilizar la vía de la vinculación para comunicar conflictos de interés concretos de *dominus* a dominical, y no como mecanismo de inhabilitación del dominical por causa de un conflicto abstracto del *dominus*. Desde esta óptica, se traslada el análisis de los riesgos para la sociedad derivados de la actuación de los administradores desde una aproximación funcional a una aproximación categórica. La perspectiva funcional de los conflictos de interés busca que el Derecho pueda influir en la actuación del administrador para acercar su comportamiento al óptimo o deseable (por ejemplo, le obliga a evitar el conflicto, a comunicarlo, o a abstenerse). La aproximación categórica es automática, y no deja margen de maniobra al administrador: prejuzga en abstracto el interés del socio que designa al administrador como contrario y perjudicial para la sociedad, que inhabilita cualquier actuación del administrador.

[47] Este salto lo dio entre nosotros la jurisprudencia en los casos de FCC vs. Acciona (SAP Barcelona de 14 de diciembre de 2005, AC 12/2007) y ACS vs. Iberdrola (STS 12 de diciembre de 2014, RJ6461/2014), y posteriormente ha encontrado amparo legal en la reforma de 2014, *v*. Sáez Lacave, María Isabel, «Consejeros dominicales minoritarios y buen gobierno corporativo», *InDret*, vol.1, 2022, pp.1 ss.

En suma, y a la luz de la experiencia comparada, el alegato del cortoplacismo no parece tener suficiente fundamento para legitimar de por sí la prohibición de las remuneraciones externas.

4.2. El reparo referente a la vinculación del dominical al socio que lo retribuye

El segundo estadio de la argumentación se desentiende de juzgar las motivaciones de los socios que nombran al administrador, y se orienta a señalar a la remuneración externa como mecanismo de sujeción del dominical a los deseos de su *dominus*. El foco de la argumentación ya no reside en la segregación de los socios en función de sus horizontes de inversión, sino que cae de lleno en el ámbito de los deberes de lealtad de los administradores y, en particular, pone el acento en el deber de independencia. Se viene a decir que como únicamente la sociedad tiene la competencia de retribuir a los administradores en interés de todos los socios -la retribución interna-, los suplementos retributivos a cargo de los socios -la retribución externa- han de llevar necesariamente a que el administrador persiga los intereses de quien le retribuye por delante y por encima del interés social. Esta argumentación, que pareciera a primera vista circunscrita a la cuestión de las remuneraciones externas, no es más que otra vuelta de tuerca de la figura del consejero dominical[48].

En efecto, la doctrina de las remuneraciones externas casa bien con el tratamiento doctrinal estándar de los consejeros dominicales, que se orienta a identificar líneas claras y delimitadoras respecto a la dependencia o independencia *a priori* de los dominicales. Desde esta óptica, los dominicales se dividirían entre los que tienen sujeción a su *dominus* y los que carecen de ella. La doctrina de las remuneraciones externas vendría a abundar en la diferenciación que subrepticiamente se hace entre dominicales intrínsecamente independientes y dominicales intrínsecamente dependientes.

Así, la doctrina mayoritaria, con el fin de no cuestionar la lealtad y la independencia de los dominicales (que, en su gran mayoría, son dominicales relacionados con el socio o socios de control), ha procedido a negar o a rebajar los efectos de la vinculación del dominical de control con su *dominus*. El argumento que se esgrime es que la relación dominical -de admitirse, porque recuérdese que es privada y no necesariamente transparente al exterior, y por lo tanto, fácil de arrinconar y desdeñar-, carece de eficacia jurídica. De este presupuesto se infiere que la vinculación con su *dominus*, sea de la naturaleza que sea, al no ser jurídicamente vinculante u obligatoria, no debería ser obstáculo para que el dominical pudiese ejercer con total independencia sus deberes frente a la sociedad. Como las instrucciones del *dominus* no son jurídicamente imperativas, la independencia del dominical para desviarse de tales indicaciones está salvaguardada por la responsabilidad personal a la que se vería abocado el administrador si infringiera sus deberes de lealtad frente a la sociedad.

Curiosamente, la argumentación al uso que preserva *a priori* la independencia del dominical, muda radicalmente cuando la vinculación entre *dominus* y dominical se hace transparente al entrar en escena las remuneraciones externas. Entonces, al igual que sucede cuando el

[48] El trabajo de referencia sobre la materia es el de Paz-Ares, Cándido, «Identidad y diferencia del consejero dominical», *Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, *Centro de estudios*. 2019, pp. 124-128. Las reflexiones de este apartado sobre la figura del consejero dominical están analizadas en profundidad en mi trabajo, al que me remito, Sáez Lacave, María Isabel, «Consejeros dominicales minoritarios y buen gobierno corporativo», InDret, vol.1, 2022, pp. 1 ss.

nombramiento es a través del sistema de representación proporcional, se afirma justamente lo contrario: las remuneraciones externas -procedentes del *dominus*- o el sistema de representación proporcional, que son públicos y están a la vista de todos, necesariamente atan al dominical a los intereses de su *dominus* imposibilitando la independencia del dominical. Nótese que, en ambos casos, el prejuicio de ausencia de criterio independiente atañe exclusivamente al dominical minoritario.

La tesis que me propongo defender es que la mera existencia de una remuneración externa no es fundamento suficiente para inferir la falta de independencia del administrador en su tarea como administrador de la sociedad. El análisis que propugno se articula en cuatro escalones. El primer eslabón pone en valor la figura del consejero dominical que, a diferencia de los otros administradores, se caracteriza por mantener una doble relación de agencia con la sociedad y con el socio que lo nombra. El siguiente paso consiste en acreditar que toda relación dominical o de influencia -esto es, la promoción de los intereses del socio en el consejo- se basa en la reciprocidad y en sistemas de incentivos para que se cumpla. El tercer elemento pone de manifiesto que la remuneración externa no es apta para discriminar a los dominicales entre dependientes e independientes. El último paso lo proporciona la evidencia empírica, que acredita que los complementos retributivos son bien recibidos por los mercados de capitales, mientras que los blindajes societarios adoptados por las sociedades para repelerlos acaban siendo penalizados y redundar en menor valor de la compañía.

a. La doble relación de agencia del consejero dominical

El punto de partida del análisis sobre las remuneraciones externas como mecanismo de dependencia entre el administrador y el socio nos remite a la figura del consejero dominical. Existan o no remuneraciones externas, el consejero dominical es un tipo de administrador cuya particularidad reside en la vinculación con el socio que promueve su nombramiento como administrador de la sociedad para representar sus intereses en el seno del consejo. Se trata de un administrador que, como cualquier otro, está sujeto a los deberes de independencia y de lealtad hacia la sociedad, pero que, a diferencia de otros administradores, como los independientes, tienen una vinculación muy estrecha con un socio. Este doble compromiso, esta doble relación de agencia o fiduciaria -frente a la sociedad y frente al socio que lo nombró- está en la base de la figura de los consejeros dominicales.

Nuestra ley, en un ejercicio de pragmatismo y a diferencia de otros ordenamientos de nuestro entorno, reconoce expresamente la categoría de los consejeros dominicales (art. 529-duodeceis. 3 LSC). Al otorgar carta de naturaleza a este tipo de consejeros, nuestro ordenamiento pone de relieve las complejidades del gobierno corporativo en los entornos de capital concentrado, que se rige por coordenadas en ocasiones bien distintas de las que definen el gobierno de las sociedades en los entornos de capital disperso. Así, por un lado, se facilita la transparencia respecto a las vinculaciones de los consejeros y a las relaciones de poder dentro de la sociedad. En las sociedades con propiedad concentrada, quienes controlan el poder de decisión de la sociedad no son solo los ejecutivos, sino muy especialmente los socios de control. Esto significa que el gobierno corporativo en estas jurisdicciones debiera intensificar los instrumentos de supervisión sobre los dominicales de control. Por eso, en un contexto de socios fuertes, además de la presencia de consejeros independientes o sin vínculos con el control -aunque conviene recordar que entre nosotros están nombrados con la aquiescencia de los socios de control-, los dominicales minoritarios disidentes pueden contribuir a mejorar la supervisión y el buen

gobierno porque además de ser ajenos al control, tienen fuertes incentivos y en principio están bien colocados para ser consejeros informados. Por otro lado, la figura del dominical nos obliga a encarar las luces y las sombras de unos consejeros muy habituales en nuestras sociedades. Se nos presenta el reto de reajustar y acompasar los deberes de lealtad de los administradores -cuya definición presupone que los administradores monopolizan el control y están aislados de la influencia de los socios- con la existencia de socios significativos que invierten en las sociedades con el fin de influir en su estrategia y, para ello, necesitan contar con representación en el consejo de administración.

El análisis del funcionamiento de esta doble relación de agencia del administrador es primordial para entender los resortes que determinan el comportamiento de los dominicales. En efecto, en los entornos de capital concentrado, con socios fuertes, estos consejeros cumplen funciones valiosas en el gobierno de las sociedades. La presencia de socios fuertes en el accionariado conduce a que su peso en el capital se traduzca en capacidad de influencia en el sistema decisorio de la sociedad, particularmente en el consejo. Pero al propio tiempo la calificación como dominical deja al descubierto el conflicto de lealtades que, llegado el caso, se pudiera suscitar, y que el Derecho de sociedades no puede ignorar o desconocer. Cuando se habla de conflicto de lealtades no se hace referencia a la circunstancia de que los socios tengan distintas visiones -e incluso contrapuestas- de la estrategia de la sociedad o de los fines que se quieren perseguir, que va de suyo. El conflicto de lealtades aparece cuando la defensa del interés del *dominus* por parte del dominical en las decisiones del consejo (por ejemplo, siguiendo sus instrucciones, sus deseos o su visión sobre la mejor estrategia de futuro) puede dañar a la sociedad o a los otros socios. Piénsese, en los casos paradigmáticos en los que la operación que se discute reporta beneficios privados del control al *dominus* (es decir, ganancias que no reparte con el resto de los socios porque, por ejemplo, es una operación vinculada con una sociedad controlada por el socio), pero tal ganancia privada se produce a costa de reducir el valor de la sociedad, y en particular, de los socios externos (la pérdida del beneficio repartible también afectaría al socio de control, pero se compensaría con creces con el beneficio privado que solo el obtiene). Entonces, en los casos más graves, en aquellos en los que se ha acreditado un conflicto de interés propiamente tal, lo que se le pide al dominical es que se abstenga de participar en la discusión y en la votación en la que el socio está conflictuado. En el resto de los casos, se les pide que actúen con independencia y buena fe. Es decir, como representan intereses particulares en el consejo, se les conmina a tomar en consideración el interés global de la sociedad a la hora de adoptar decisiones.

b. El contrato relacional

El reconocimiento legal de la figura del dominical viene a poner de manifiesto que la mera existencia de una relación dominical no impide o contradice *per se* el deber de independencia del administrador. Pero a la vez, advierte que los dominicales están sometidos a la influencia del *dominus*, y puede poner en riesgo sus deberes para con la sociedad, que, como en cualquier otra infracción del deber de lealtad, habrá que dilucidarse judicialmente en atención al caso concreto.

Por eso, una vez acreditada la doble relación fiduciaria que coexiste en la figura del consejero dominical, debemos prestar atención al sistema de incentivos que articula la relación dominical

o de influencia entre el dominical y el *dominus*[49]. Buena parte del análisis doctrinal relativo al reproche fiduciario de las remuneraciones externas pierde de vista un elemento clave, y es que la relación dominical está siempre y por definición basada en incentivos para inducir al dominical a cumplir con los deseos de su *dominus*. Esto es así sean los dominicales de control o minoritarios, estén nombrados a través de la regla de la mayoría o a través del sistema de representación proporcional, perciban o no remuneraciones externas. Este esquema de incentivos -que varía de unos casos a otros- es lo que los economistas denominan el contrato relacional. Esta relación, basada en la reciprocidad, pone al descubierto que los dominicales tienen incentivos muy poderosos para cumplir con los deseos de los socios que los nombran, que pueden ser, y con frecuencia son, en un análisis coste-beneficio, más intensos que los dispuestos por el Derecho para cumplir con la sociedad.

Por eso, al tratar de desdeñar la fuerza y vitalidad del contrato relacional relegando su capacidad de ser cumplido por carecer de efectos jurídicos nos desviamos del punto nuclear del problema. Aunque la relación que une al *dominus* y el dominical no tenga naturaleza jurídicamente vinculante, lo que no es dudoso es que está firmemente asentada en la reciprocidad y diseñada para ser cumplida voluntariamente por ambas partes. De hecho, esta es una de las virtudes del reconocimiento de la figura de los dominicales en nuestro derecho. Al calificar a un consejero como dominical se hace transparente que tiene una vinculación con el socio que lo nombra, y nos pone sobre aviso de que, al decidir sobre asuntos en el que el *dominus* tiene un interés en el seno de la sociedad, puede estar sometido a un conflicto de lealtades. Las actuaciones del dominical habrán de estar bajo la lupa del Derecho, tanto en el examen *ex post* del cumplimiento de sus deberes, como en la identificación *ex ante* de situaciones en las que la independencia puede estar muy comprometida, obligándole a abstenerse.

En consecuencia, si se pone el contrato relacional en el centro del análisis, ni la independencia del dominical está necesariamente garantizada cuando la vinculación es opaca, ni se halla necesariamente en entredicho cuando la vinculación es transparente por la existencia de una remuneración externa. Justamente por eso la regulación societaria avanza en la buena dirección obligando a los dominicales a reportar su condición en las cotizadas. Con todo, la obligación de transparencia quizás se quede corta porque no se extiende al sistema de incentivos económicos o de carrera profesional que subyacen al nombramiento. Bien mirado, mecanismos de transparencia respecto al diseño del contrato relacional y la naturaleza de los incentivos son bienvenidos porque facilitan la supervisión y reprimen aquellas formas de vinculación más groseras y encaminadas a doblegar y sojuzgar la independencia de criterio del administrador[50].

---

[49] Los incentivos de la relación entre *dominus* y dominical, lo que se conoce en la literatura económica como contrato relacional, es fundamental para entender la figura del consejero dominical, y lo he tratado a fondo en mi trabajo de Sáez Lacave, María Isabel, «Consejeros dominicales minoritarios y buen gobierno corporativo», *InDret*, vol.1, 2022, pp. 15 ss.

[50] Por ejemplo, la ley de valores canadiense, en su *Item 7.3 of Form 51-102F5*, establece: «*If any proposed director is to be elected under any arrangement or understanding between the proposed director and any other person or company, except the directors and executive officers of the issuer acting solely in such capacity, name the other person or company and describe briefly the arrangement or understanding*». Sin embargo, a pesar de la claridad de la norma, la doctrina denuncia la baja transparencia de los dominicales de control, v. Iacobucci, Edward M., «Special Compensation Arrangements for Dissident Directors in Proxy Contests: A Policy Analysis», *Canadian Business Law Journal*, vol. 55, 2015, p. 387. El parágrafo 162 AKTG, que obliga a las cotizadas a elaborar un informe de remuneración, en el que se incluye la información sobre servicios prometidos a los administradores por parte de terceras personas en relación con su actividad en el consejo.

Que los premios prometidos no sean públicos o explícitos hacia fuera, no significa que no existan, ni que no obren como palancas eficaces para inducir del consejero dominical el comportamiento que interesa a su *dominus*.

c. Remuneraciones externas vs. remuneraciones internas

Corresponde por ello examinar la existencia de remuneraciones externas en el contexto de la existencia de una relación dominical articulada a través del contrato relacional. La doctrina parece pensar que la relación de dependencia solo se apoya y articula en torno a la remuneración externa o de parte, cuando no es más que un síntoma, una expresión del contrato relacional, que es el que verdaderamente articula y expresa la vinculación entre dominical y *dominus,* y que, naturalmente, puede tener otras dimensiones o manifestaciones distintas a la remuneración. Este reduccionismo del contrato relacional a la existencia de remuneraciones externas no convence.

i) Por un lado, peca por exceso. Al ignorar el funcionamiento del contrato relacional y el sistema de incentivos en el que reposa la relación dominical, coloca la remuneración externa en el centro del juicio de la dependencia. Se viene a decir que la remuneración externa (y no así la interna de la sociedad o del grupo) impide de raíz que el dominical cumpla con su deber de independencia[51]. El test de dependencia no puede ser entonces más sencillo. Simplemente se ha de acreditar la presencia o ausencia de tales remuneraciones para concluir si los dominicales están sometidos o no a la voluntad e influencia de su *dominus*. Esta manera de discriminar automáticamente la independencia de criterio de los dominicales en función de si perciben o no alguna remuneración externa se fundamenta en el prejuicio de que tal remuneración es, por definición, conflictiva y perjudicial para el interés de la sociedad[52].

Tal suspicacia ha de examinarse con cuidado. No es dudoso que la remuneración genera fuertes incentivos de comportamiento para los administradores, pero tales incentivos no son siempre y necesariamente negativos. Como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, la experiencia norteamericana atestigua que la remuneración permite fichar y reclutar como administradores a profesionales de primer nivel, quienes de otra manera no estarían dispuestos a asumir los sinsabores de ser (perpetuos, acaso) disidentes en un consejo. Las personas más competentes y con mayor experiencia empresarial suelen obtener ingresos elevados y su incorporación podría mejorar la calidad de los miembros de los consejos y su capacidad de supervisión sobre los ejecutivos y otros *insiders* (v. *supra*. 2). Adicionalmente, la remuneración puede estar estructurada de tal manera que se oriente a la maximización del valor global de la compañía. De

---

[51] Esta parece ser la tesis de Portellano Díez, Pedro, *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Civitas, Madrid, 2016, p. 121. «…la clave está en el riesgo de que los administradores con esas retribuciones externas, consciente o inconscientemente, tomen decisiones que, amén de asegurarse la percepción de esa retribución extra, agraden al abonante. Estas decisiones pueden no estar relacionadas directamente con la consecución de los objetivos a los que se liga la obtención de ese rendimiento extra. Pero, aunque solo sea en relación a aquellos, su cumplimiento puede suponer la necesidad de tomar ciertas decisiones estratégicas o de negocio…». García García, Enrique, «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», en García-Cruces y Sancho Gargallo (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 404: «…es evidente que el principio de independencia de criterio, del que también se ocupa el art. 228, podría quedar dañado si se admitiera una práctica como la que comentamos».

[52] Paz-Ares, Cándido, «La anomalía de la retribución externa de los administradores: hechos nuevos y reglas viejas», *InDret*, vol.1, 2014, p. 32, afirma que las remuneraciones externas difícilmente pueden ampararse en la excepción (material) de la imposibilidad del conflicto.

este modo, se alinearía el contrato relacional entre *dominus* y consejero con el interés de la sociedad y de los socios externos (que no pueden extraer beneficios privados de la sociedad) (v. *infra*. 4.3). Es evidente que entonces la retribución externa no genera conflictos de interés. Al revés, la prohibición de la misma evitaría que todos los socios se beneficiaran del impulso al aumento de valor de la sociedad que trata de promover esa retribución.

ii) Sentado lo anterior, nótese que la argumentación al uso también peca por defecto. Por de pronto, deja fuera del test de independencia las remuneraciones "internas" -de la sociedad o del grupo- de los dominicales de control, revelando un tratamiento asimétrico y prejuicios de los dominicales minoritarios y disidentes. Adicionalmente, al reducir la consideración de la dependencia del dominical a la mera concurrencia de remuneraciones externas se excluye del juicio sobre la influencia que ejerce el *dominus* sobre su dominical, otros factores indicativos de dependencia, como son otros tipos de incentivos económicos y los ligados a la futura carrera profesional. Es más, este proceder contribuye a blanquear a los dominicales cuyo sistema de incentivos sea potente pero opaco. El caso más elocuente es el del socio de control porque puede disponer a su conveniencia de los recursos de la sociedad (y, en su caso, del grupo)[53]. Dentro de los límites legales, naturalmente, pero estos son generosos en cuanto a la retribución de los administradores, más allá de los casos extremos de retribución tóxica.

En efecto, una característica clara de incentivos retributivos de los dominicales mayoritarios (frente a los dominicales minoritarios, y más aún si son disidentes) es que son dilatados en el tiempo[54]. La retribución esperada por un administrador es función de la cantidad anual a percibir, pero también de la duración en el cargo. Para incentivar a sus dominicales, el controlante no necesita acudir a la remuneración externa para incrementar las percepciones del administrador, si puede conseguir el mismo objetivo ampliando su tiempo de servicio en la sociedad. Así, mientras los administradores nombrados por el activista tienen pocas probabilidades de ser reelegidos cuando los activistas hayan salido de la sociedad, los nombrados por el socio de control -sean dominicales o independientes- pueden esperar mayor longevidad en el cargo. En consecuencia, aunque el valor retributivo de su puesto es menor que el del nominado por un activista con remuneración externa, la duración esperada en el tiempo es mayor, acaso mucho mayor, lo que incrementa la remuneración total que se espera percibir, y por tanto la capacidad de "influencia" sobre el dominical. Adicionalmente, los administradores nombrados por la mayoría pueden aspirar a que el socio de control patrocine su nombramiento en otros consejos, los coloque en otras sociedades del grupo o con las que tiene conexiones.

d. La evidencia empírica

La vertiente empírica también ha alcanzado al debate sobre la oportunidad de prohibir o permitir este tipo de remuneraciones. La perspectiva al uso basada en argumentos fiduciarios

---

[53] Habersack, Mathias, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Buch, Auflage, 2019, § 113, Rd 9 («*Nach deren Anh. II Ziff. 1 lit. c kann es nämlich der Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds entgegenstehen, dass dieses von der Gesellschaft oder einer verbundenen Gesellschaft eine zusätzliche Vergütung in bedeutendem Umfang erhält oder erhalten hat, wobei als zusätzliche Vergütung auch Aktienoptionen und erfolgsbezogene Vergütungen gelten. Das deutsche Recht trägt dem immerhin durch das generelle Verbot einer aktienkursorientierten Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder Rechnung (→ Rn. 20 ff.); sonstigen erfolgsbezogenen Vergütungen steht es dagegen aufgeschlossen gegenüber (→ Rn. 5, 17 ff.)*»).

[54] *V.* Nili, Yaron, «Servants of Two Masters? The Feigned Hysteria Over Activist Paid Directors», University of Pennsylvania Journal of Business Law, vol. 18, 2016, pp. 559.

apriorísticos arguye que los suplementos retributivos abonados por los activistas son perjudiciales para la sociedad y sus socios porque reducen la independencia del administrador. Otros análisis de sentido opuesto aducen que este tipo de innovaciones de gobierno corporativo contribuyen a crear valor en las sociedades en las que se implementan.

La experiencia norteamericana ha permitido testar la reacción del mercado hacia este mecanismo remuneratorio[55]. El *study case* analizado empíricamente fue el siguiente. El despacho de abogados americano Wachtell, Lipton, Rosen & Katz LLP, que es conocido por su implicación en la oposición a las tomas de control hostiles y al desembarco de activistas en las sociedades estadounidenses, elaboró y presentó un modelo de cláusula estatutaria en términos muy amplios para descalificar como administrador a quien recibiera cualquier tipo de compensación externa a la propia sociedad[56]. Más de una treintena de sociedades adoptaron inicialmente este blindaje estatutario (el consejo puede unilateralmente adoptar *by-laws*), pero posteriormente la gran mayoría de estas sociedades lo eliminaron para evitar la penalización de los accionistas. En este proceso jugaron un papel clave los asesores de voto o *proxy advisors*[57], que aconsejaron a los accionistas que retiraran su apoyo a los administradores que hubieran incorporado la cláusula estatutaria, argumentando que impactaría negativamente sobre la calidad de los candidatos disidentes, sin por ello reportar beneficio alguno a los accionistas. Los inversores respondieron a los recelos de ISS respecto al blindaje de Wachtell mostrando su insatisfacción mediante el voto desfavorable a los administradores en las Juntas anuales de las sociedades que los habían incorporado a sus estatutos[58]. Las sociedades que todavía no habían celebrado su Junta respondieron con rapidez retirando el blindaje, quedando al final solo 3 sociedades con la medida defensiva activa en sus estatutos.

Pues bien, el estudio empírico realizado respecto a este caso al que me vengo refiriendo analiza el impacto del blindaje sobre el precio de las acciones, y encuentran que únicamente las sociedades que se enfrentan a la intervención por parte de un activista experimentan una reacción en el precio de las acciones. La conclusión que alcanzan es que el mercado reacciona positivamente ante acontecimientos que facilitan el *golden leash* y negativamente cuando se reduce su disponibilidad.

Este *study case* es ilustrativo porque pone en evidencia que los accionistas externos o ajenos al control -a quienes trata de proteger las medidas defensivas estatutaria o la prohibición en nuestro caso- la valoran como un mecanismo de blindaje del control -sean administradores o socios de control en el caso español- para evitar o dificultar la entrada al consejo de consejeros disidentes.

---

[55] El estudio empírico lo realizan Cain, Matthew D. et al., «How Corporate Governance Is Made: The Case of the Golden Leash», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 164, 2016, p. 649 ss.

[56] Lipton, Martin et al., «Wachtell Proposes Bylaw to Ward off Threat of Conflicted Directors», *CLS Blue Sky Blog*, (disponible en http/clsbluesky.law.columbia.edu/2013/05/10/wachtell -proposes-bylaw-to-ward-off-threat-of-conflicted-directors [https://perma.cc/E57T-FDAH]), última consulta el 21 de mayo de 2022.

[57] *V.* Institutional Shareholder Services, Director Qualification/Compensation Bylaw FAQs, (disponible en https://www.issgovernance.com/file/files/directorqualificationcompensation bylaws.pdf), última consulta el 21 de mayo de 2022.

[58] Cain, Matthew D. et al., «How Corporate Governance Is Made: The Case of the Golden Leash», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 164, 2016, p.677 («*The median number of yes votes cast for these companies was 70.75% compared to 96.98% for those that had repealed the Wachtell Bylaw by the time of the shareholder vote*»).

4.3. El reparo concerniente a la estructura del suplemento remuneratorio

Por fin, el tercer estadio de la argumentación sobre el reproche fiduciario a la remuneración externa pone el foco en el núcleo de la cuestión, esto es, en el análisis particularizado de la estructura y diseño del esquema retributivo externo. Como se ha argumentado en los apartados anteriores, la objeción central relativa a las remuneraciones suplementarias no debiera versar sobre el carácter externo de la remuneración -que sea abonada por un socio y no por la sociedad-, sino que se ha de referir a los rasgos que conforman su diseño. Se trataría entonces de valorar si los elementos que configuran tal remuneración generan incentivos capaces de comprometer el deber de lealtad del administrador. El riesgo que entraña este tipo de suplementos retributivos es que acerquen en demasía al consejero al interés del socio que les paga y con ello pierdan independencia para atender los asuntos sociales como deben hacerlo. Por eso, el foco, que hasta ahora se ha puesto en las motivaciones o intereses del *dominus*, o en la propia relación dominical, se ha de desplazar hacia el examen particularizado de la estructura de cada suplemento retributivo.

Como no todos los complementos retributivos son iguales[59], se trataría de analizar cómo opera *de facto* la remuneración en cada caso en particular para poder determinar si es o no susceptible de suscitar un conflicto de interés. Si la remuneración suplementaria está estructurada para estimular el rendimiento y el esfuerzo del consejero en pro del valor de la sociedad y no interfiere ni le separa de su compromiso con el interés de la sociedad, su existencia es -cuando menos- inocua desde el punto de vista del deber de independencia. La clave entonces está en averiguar cómo cabe estructurar la retribución para evitar conflictos de interés.

Dos criterios debieran guiar el diseño de la remuneración para garantizar que no interfiere en el deber de lealtad del administrador.

a) El primer filtro examinaría las condiciones retributivas, y serviría para cerciorarse de que la remuneración no está diseñada y configurada para atar y alinear al consejero al estrecho interés del socio. Así, el sistema de remuneración suplementaria debería despertar sospechas si, por ejemplo, se abonara de manera automática y en efectivo desde el nombramiento del consejero, porque ello mueve al receptor a respetar y cumplir con los deseos de quien le paga, en la lógica de la autoejecutabilidad de las conductas -aunque no sean vinculantes jurídicamente- en un contrato relacional. Algo similar cabría decir si consistiera en un bonus remunerable por alcanzar ciertos objetivos que persigue el socio, pero que no se compadecen o incluso se contraponen con el objetivo básico de maximizar el valor de la sociedad en interés de todos los socios.

En cambio, no debería ser problemático en principio que la remuneración externa tomara como base la misma combinación de complementos retributivos o los mismos objetivos aprobados

[59] Estos complementos retributivos suelen estar estructurados mediante fórmulas de compensación incentivada garantizada o condicionada, o una mezcla de ambos. Se dice que la compensación está garantizada cuando se entregan acciones, lo que alinearía al administrador con el resultado empresarial de la sociedad. La crítica que se le hace es que se configura de tal manera que al administrador se le retribuye incluso cuando el valor de las acciones cae (salvo que se desplome). Cuando el suplemento retributivo es condicionado se parece más a un bonus, se abona solo cuando se ha alcanzado el objetivo. Esto significa que el administrador solo será retribuido si aumenta el valor de las acciones, *v.* Shill, Gregory H. «The Golden Leash and the Fiduciary Duty of Loyalty», *UCLA Law Review*, vol. 64, 2017, p. 1269.

por la sociedad para los administradores. Pongamos por caso que el socio simplemente doblara para sus dominicales el importe de la retribución que para los consejeros ha fijado la propia sociedad, o que se implementaran los mismos tipos de incentivos retributivos que ya se aplican para el caso de los ejecutivos. Si se supone que la compensación que ofrece la sociedad es acorde con el interés social, no parece razonable que se reproche a la retribución externa que se limita a reproducirla o replicarla que no lo sea. La misma consideración merecería el suplemento retributivo cuando se articula como retribución variable en función del rendimiento de la sociedad. Las bondades de la retribución variable están bien contrastadas por la literatura especializada[60]. Esta forma de estructurar la retribución motiva y da incentivos a los consejeros minoritarios para mejorar el resultado empresarial y, desde esta óptica, señaliza la conformidad del interés del socio con el interés de la sociedad. En otras palabras, no solo sale beneficiado el socio que satisface la remuneración, sino también los demás socios. Con todo, es una fórmula retributiva poco extendida entre las empresas españolas[61]. No parece, por ello, razonable que se exija a los socios que suplementan el salario de los administradores unos criterios de remuneración distintos o más rigurosos de los que rigen para la remuneración de administradores por parte de la sociedad.

b) El segundo filtro que ha de tenerse en cuenta es el de la transparencia. La retribución -sea interna o externa- debe ser publicada en todos sus términos para que los socios y, en su caso, el mercado, la puedan conocer. La publicidad parcial -de sus elementos más característicos, omitiendo otros detalles- o agregada -del conjunto de los administradores, en vez de individualizada- es insatisfactoria. Cuanto más completa sea la información que se suministra, más fácil resulta supervisar si cumple los criterios del filtro de adecuación que se ha examinado más arriba. El deber de transparencia trata de disciplinar las peores tentaciones de los administradores al forzar su confesión: si no se pueden seguir manteniendo ocultas las conductas o los incentivos perjudiciales, se abandonarán para evitar el reproche. Pero la transparencia también sirve para señalizar buen gobierno por encima de los estándares al uso: si el socio ha sido muy escrupuloso en la selección del consejero que lo representa y ha elegido personas con experiencia, independencia y buena reputación, o el diseño de los incentivos retributivos está firmemente en línea con el rendimiento de la sociedad, tiene buenas razones para comunicarlo a los socios. Se trataría de hacer saber a los socios que sus intenciones son acordes con el mejor interés de la sociedad, y de esta manera reducir la desconfianza que pudiera existir frente a la entrada del consejero minoritario en el consejo.

5. La falacia de la dispensa

[60] Para un buen resumen de la literatura sobre la materia, *v*. Edmans, Alex, et al. «Chapter 7 - Executive compensation: A survey of theory and evidence», en Hermalin, Weisbach (eds.), *The Handbook of Economics of Corporate Governance*, vol. I, 2017, pp. 404 ss.

[61] Gutiérrez Urtiaga, María y Sáez Lacave, María Isabel, «Determinantes de la remuneración de los consejeros en España», *Boletín Oficial de la CNMV*, Trimestre III, 2020, p. 123 ss. Los datos reales del mercado español ponen de manifiesto que la remuneración variable que reciben los ejecutivos dependiendo de los resultados es notablemente inferior a la fija. En este sentido, llama la atención la baja retribución variable a largo plazo que reciben los ejecutivos, que es relevante porque determina los incentivos de los ejecutivos en relación con el rendimiento futuro de la sociedad. Adicionalmente, dentro de la remuneración variable, la parte que se basa en acciones y opciones sobre acciones, que se denominará remuneración de mercado, tiene un peso muy escaso. En el mismo sentido, Gómez, Juan Pedro, «Remuneración e incentivos de los consejeros ejecutivos en las sociedades del Ibex 35 entre 2013 y 2017», *Boletín de la CNMV,* Trimestre I, 2019. Estos resultados llaman también la atención en relación con la alta asignación que hay en las sociedades españolas a otros tipos de remuneraciones, en particular, a los fondos de pensiones.

En los apartados anteriores se han puesto de manifiesto las dudas e inconsistencias que suscita de la prohibición ubicada en el art. 229.1 e) LSC. Su oportunidad -la probabilidad de que las remuneraciones externas dañen o perjudique a la sociedad- tampoco parece estar avalada por la evidencia empírica. Además, su funcionalidad a modo de blindaje societario despierta recelos de gobierno corporativo, porque interfiriere de manera injustificada en el sistema electoral de la sociedad y en la capacidad de los socios significativos de ver representados sus intereses en el consejo.

En este apartado corresponde poner la mirada en el mecanismo de dispensa, que es la vía destinada a mitigar los posibles inconvenientes que la aplicación rígida de la regla prohibitiva pudiera ocasionar. Se piensa que como la prohibición es relativa o dispensable, la regla se va a excepcionar y ajustar en cada caso en la medida oportuna a través del sistema procedimental y competencial de la organización societaria, permitiendo al administrador percibir la retribución externa *in concreto* cuando se estime pertinente por la mayoría de socios[62]. Esta visión no se puede compartir. En principio, no cabe duda de que el consentimiento de los socios determinaría si la remuneración está alineada con la creación de valor social o no lo está, que naturalmente es coincidente con la noción más intuitiva del interés social. El problema es que el diseño de la autorización mediante una regla de mayoría en Junta distorsiona la voluntad del conjunto de los socios cuando los socios de control tienen un interés particular en obstaculizar la entrada en el consejo a los minoritarios que no gozan de su apoyo y favor. Tal interés de los socios mayoritarios no tiene por qué compadecerse con el interés de los accionistas externos, que, a falta de beneficios privados, se corresponde con maximizar el valor global de la sociedad. Como los socios mayoritarios tienen -o pueden tenerlo, al menos- un claro conflicto de interés, el diseño de la autorización que recoge la ley como mecanismo de gobierno para optimizar el sistema decisorio de la sociedad no sirve al objetivo de alcanzar el interés social. Desde esta perspectiva, el diseño del sistema de regla-excepción en este caso sufre muchas limitaciones e insuficiencias de diseño y configuración.

5.1. La dispensa como mecanismo de corrección de la imperatividad

El diseño de las normas es una tarea compleja porque hay un riesgo sustancial de que causen consecuencias no deseadas, e incluso, perjudiciales. Tal riesgo se agrava en relación con normas restrictivas. Al vedar determinados comportamientos de manera imperativa, se pueden estar evitando conductas que producen resultados negativos, pero también otras cuyo efecto es beneficioso. De ahí que resulte esencial justificar cualquier reforma legislativa relevante sobre evidencia de la más alta calidad que esté disponible, y no simplemente en preconcepciones dogmáticas o en elaboraciones discursivas. Sin embargo, la prohibición general y estricta de las remuneraciones externas sorprende por su parcialidad -parecería que se basa en la convicción previa de que los suplementos remuneratorios son un problema serio al condicionar necesariamente la lealtad del administrador en perjuicio de la sociedad-. Quizás por ello se formula en términos muy amplios y rígidos, resultando a todas luces draconiana y sobre-inclusiva: afecta sin excepción a cualquier remuneración externa (en tanto que no sea abonada por la sociedad o su grupo), con independencia de que origine o no un conflicto de

[62] Paz-Ares, Cándido, «La anomalía de la retribución externa de los administradores: hechos nuevos y reglas viejas», *InDret*, vol.1, 2014, pp. 22 ss. Gimeno Ribes, Miguel, *Régimen jurídico de los sistemas de retribución de los administradores sociales*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 258.

interés. La excesiva imperatividad de la regla solo se corrige o excepciona a través del mecanismo de su posible autorización. Como la norma no ampara la excepción por ausencia de conflicto, deja el ajuste o aplicación *in concreto* a la sociedad, que es la que ha de decidir si hay divergencia o no de intereses. Esta concepción de la regla presenta dos objeciones.

El primer reparo se refiere a la falta de justificación funcional o económica de la prohibición. La prohibición del art. 229.1.e) LSC asimila las remuneraciones externas al reproche de recibir sobornos ("obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo"). Sin embargo, los estudios empíricos han puesto de manifiesto que el mercado no avala la percepción de que los suplementos retributivos de los activistas estén en abstracto desalineados con la creación de valor de las sociedades (que, en buena lógica, debería coincidir con el interés de la sociedad). Más bien al contrario, hay evidencia de los mercados de capitales del mundo real que los inversores -que son quienes se juegan su dinero y a quienes se quiere proteger- se han mostrado contrarios a que las sociedades inhabiliten como administrador a quien perciba suplementos retributivos. Estos resultados sugieren que la formulación de la regla en términos de absoluta interdicción es ineficiente, porque al conducir al bloqueo de remuneraciones acordes con el interés social, se obstaculizan las contribuciones que los activistas pueden aportar al valor de la sociedad. En cambio, tendría más sentido que en lugar de una regla imperativa prohibiendo las remuneraciones externas se dejara su evaluación al estándar del deber de independencia[63]. Esta es la manera de proceder en relación con los suplementos retributivos -como con cualquier otra circunstancia que evidencie un conflicto de lealtades del administrador- en otros ordenamientos con larga tradición en deberes de lealtad[64].

Piénsese que el estándar de actuación independiente se revisa judicialmente, como cualquier infracción del deber de lealtad, y es la manera de determinar y ajustar en cada caso los parámetros de la relación dominical o de agencia entre el *dominus* y el dominical que lo representa para que sea compatible con el interés social. La relación dominical está permitida y reconocida en nuestro derecho, pero con los límites de los deberes de lealtad, en particular de independencia y de confidencialidad[65]. Así, no está prohibido que el *dominus* imparta instrucciones al dominical, naturalmente, carentes de eficacia jurídicamente vinculante. El juez, al evaluar el deber de independencia contextualizado en un caso concreto, habrá de sopesar que la representación de los intereses del *dominus* no menoscabe el interés del conjunto de los socios. El dominical puede compartir información con el *dominus*, pero éste no podrá hacer uso interesado de la misma, ni dañar a la sociedad. La revisión judicial *ex post*, en lugar de la prohibición absoluta *ex ante*, sería en buena lógica la manera más oportuna de

---

[63] Esta es la regla que rige para el caso de grupos de sociedades, García García, Enrique, «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», en García-Cruces y Sancho Gargallo (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 3160 («La percepción de la remuneración de todos o algunos de los administradores, a cargo de otra entidad del grupo resultaría siempre lícita, pero ello no le eximiría al beneficiario de una eventual responsabilidad por el daño causado al interés social si al adoptar decisiones hiciera valer el del grupo o el de alguna entidad que forma parte de este sacrificando de forma intolerable el interés de la sociedad administrada»).

[64] *V.* el análisis jurisprudencial de Delaware sobre la materia, en Shill, Gregory H. «The Golden Leash and the Fiduciary Duty of Loyalty», *UCLA Law Review*, vol. 64, 2017, pp. 1276 ss. Sobre la relación dominical, son muy interesantes las apreciaciones del juez Laster, J. Travis. *V.* Laster, J. Travis, Zeberkiewicz, John M., «The Rights and Duties of Blockholder Directors», *The Business* Lawyer, vol. 70, 2015, pp. 33 ss.

[65] Paz-Ares, Cándido, «Identidad y diferencia del consejero dominical», *Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de estudios. 2019, pp. 129 ss. y 153 ss.

evaluar las decisiones de los dominicales que cobran suplementos retributivos (internos o externos), cuyo reproche, recordémoslo, reside en la falta de independencia del dominical.

La otra objeción tiene que ver con el juego prohibición-dispensa. La estrategia legal encaminada a prohibir las retribuciones externas de manera absoluta conduce a que en la práctica societaria quede consolidado un rechazo tajante hacia tales prácticas remuneratorias, que va a dificultar su autorización aun cuando no representen conflictos de interés y converjan con los intereses de la sociedad, que sería lo razonable. Esta conclusión se alcanza con facilidad si reparamos en la manera de diseñar los arreglos de gobierno corporativo. Podríamos pensar que resulta irrelevante cómo está definida o diseñada la regla, en términos de prohibición o de permisividad, siempre que haya un sistema reversible de ajuste, de *opt-in* o de *opt out*[66]. Desde esta óptica, el funcionamiento de la regla será óptimo y adecuado si la sociedad cuenta con una vía de aplicación de la prohibición a través de la excepción, para adecuarla *in concreto* a los casos en los que la estructuración de la remuneración sea conforme con la creación de valor y no cree un conflicto de interés. No obstante, *el recelo que suscita este planteamiento es que la solución por defecto adoptada por la regla -la prohibición o la permisividad- es crucial, pues los costes de transacción impiden que partiendo de la prohibición se pueda alcanzar el arreglo óptimo a través de su aplicación societaria*. En particular, las ineficiencias no se van a corregir a través de la autorización, sino que van a persistir debido a la asimetría de poder de los socios en las sociedades controladas[67].

Así, cuando el interés de los socios mayoritarios y de los externos no coincide, la dispensa, aunque sea eficiente para el interés del conjunto de los socios, no se producirá. En particular, los socios externos -que racionalmente querrían excepcionar la regla prohibitiva de la remuneración externa siempre que la retribución estuviera alineada con criterios de creación de valor conjunto- no tienen el poder de voto para hacerlo. En efecto, no hay que perder de vista que los términos de la prohibición benefician a los socios de control, al bloquear o impedir que socios significativos que usan habitualmente sistemas de suplementación salarial tengan representación en el consejo. Justamente por eso la prohibición funcionalmente opera como un blindaje para los socios de control: les protege frente al riesgo de que pierdan el monopolio del consejo, que gobiernan a su conveniencia, si acceden otros dominicales que disienten del control. Los socios de control anticipan que sus intereses privados, con carácter general, pueden verse comprometidos si se aumenta la vigilancia y se cuestionan sus negocios o sus políticas en el consejo por la entrada de consejeros que no gozan de su favor. En consecuencia, los socios de control, que son quienes tienen poder de decisión a través del voto mayoritario, no estarán interesados en eliminar el blindaje y excepcionar una regla beneficiosa para la sociedad, pero perjudicial para sus intereses.

5.2. Las condiciones "garantistas" de la dispensa

---

[66] Paz-Ares, Cándido, «Identidad y diferencia del consejero dominical», *Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de estudios. 2019, pp. 127-128 («A la postre, la solución tampoco resulta tan distinta de la patrocinada por la doctrina americana. Ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que quienes abogan por un planteamiento liberal lo hacen sobre la base de que la retribución externa es objeto de un *disclosure* exhaustivo en el proceso de recolección de *proxies* o delegaciones de voto para el nombramiento de los administradores. Y esto implica virtualmente que a la postre la retribución es aprobada por los accionistas»).

[67] Sobre este debate, *v*. Bebchuk, Lucian, A., Hamdani, Assaf, «Optimal Defaults for Corporate Law Evolution», *Northwestern University Law Review*, vol. 96, 2002, pp. 489 ss.

Más allá de las insatisfacciones resultantes de la opción legislativa de impedir los complementos retributivos ineficientes u oportunistas a través de una regla prohibitiva general de las remuneraciones externas, los problemas de diseño también alcanzan al mecanismo de la autorización propiamente dicho. A primera vista se puede pensar que cuanto más garantistas y exigentes sean en términos procedimentales las condiciones de la dispensa -en Junta y con las reglas de la modificación de estatutos- mejor se protege el interés de la sociedad y de sus socios[68]. Esta presunción, que es un lugar común entre nosotros, pierde de vista que las reglas de gobierno corporativo -las reglas de juego- no siempre están bien ajustadas para optimizar la adopción de decisiones de la sociedad. En tal caso, el sistema de gobierno en vez de proteger a los socios externos, refuerza el poder de los internos. Dos elementos explican este fenómeno: la inercia del derecho de sociedades o *path dependence* y la importación acrítica de arreglos de buen gobierno -concebidos para entornos de capital disperso- a sociedades con socios de control.

a) Se halla bien acreditado que las reglas procedimentales y de organización societaria -que, en abstracto, están previstas para servir el interés de la sociedad y reducir los costes de agencia- están con frecuencia al servicio de procurar el interés privado de los *insiders* disfrazándolo o vistiéndolo como interés común o del conjunto de los socios[69]. Esto se liga a la idea de *path dependence,* de histéresis: las reglas de juego corporativo son producto de la estructura de propiedad -se articulan inicialmente en beneficio de quienes controlan la sociedad-, y una vez instaladas, persisten en el tiempo frente a nuevas reglas o soluciones, aunque las iniciales hayan devenido -o lo fueran ya *ab initio*- ineficientes. Quienes tienen más en juego en el funcionamiento societario en un cierto país y en un determinado sistema jurídico, de ordinario contarán con los incentivos y la capacidad de influencia para conformar las reglas de partida y, probablemente, para amoldar los desarrollos posteriores y adaptar las innovaciones que vayan emergiendo de forma que no se amenace el equilibrio del *statu quo*, al menos en ausencia de *shocks* exógenos intensos. No resultará tan difícil descafeinar o desvirtuar aquellas reglas que se perciban como hostiles o contrarias a sus intereses o introducir nuevas reglas que, incluso al socaire de la retórica del buen gobierno, en lo esencial mantengan las situaciones heredadas. Lo que se podría calificar como el sesgo pro mayoritario del Derecho de sociedades en España es en importante medida fruto de esta inercia en la comprensión de las reglas de juego societario, que no solo se imprime a través de grupos de interés, sino por la persistencia intelectual de aproximaciones recibidas del pasado por académicos, jueces y abogados que, de manera bien intencionada, perfilan e interpretan el Derecho de sociedades de acuerdo con aquel sesgo.

b) Adicionalmente, las innovaciones de gobierno corporativo han de perfilarse en función de la estructura de propiedad de las sociedades y las ineficiencias o costes de agencia que típicamente la acompañan. Los problemas de gobierno de las sociedades son distintos y precisan de distinto utillaje en entornos de capital disperso -la preocupación aquí reside en los conflictos de interés de los administradores- y en los entornos de capital concentrado -la preocupación prioritaria reside en los conflictos de interés de los socios de control-.

---

[68] Paz-Ares, Cándido, «La anomalía de la retribución externa de los administradores: hechos nuevos y reglas viejas», *InDret*, vol.1, 2014, pp. 32-35; Portellano Díez, Pedro, *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Civitas, Madrid, 2016, p. 122 («si se considera que el supuesto del art. 229.1 e) LSC es tan grave como para que la dispensa solo pueda proceder de la junta...»).

[69] Bebchuk, Lucian A., Roe, Mark J., «A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance», *Stanford Law Review*, vol. 52, 1999, pp. 127.

Innovaciones de gobierno corporativo beneficiosas en entornos de capital disperso pueden ser irrelevantes o incluso contraproducentes en entornos de capital concentrado[70]. El ejemplo paradigmático es la medida estrella del activismo accionarial: aumentar el poder de decisión de los socios como colectivo frente a los administradores. Esta iniciativa tiene sentido en las jurisdicciones con sociedades de capital disperso, que se caracterizan porque la mayoría de las competencias decisorias las acapara el consejo de administración, dejando a la Junta con limitadas capacidades de decisión. Dar más poder de decisión a los socios tendría el propósito de que los socios cuenten con mecanismos de voz para disciplinar a los administradores y sus costes de agencia.

Esta fórmula, por el contrario, no funciona bien en entornos de capital concentrado, en los que los sujetos que han de ser disciplinados no son los administradores sino los socios de control, pues aquellos son esencialmente correa de transmisión de estos. Entonces el resultado es opuesto al perseguido: al dar más poder a los socios en su conjunto, se fortalece la posición de control de los socios mayoritarios y se legitiman sus posiciones cargadas de conflictos de interés[71]. Este razonamiento se ajusta con precisión al supuesto que nos ocupa. En efecto, si la dispensa la otorga la mayoría en Junta, queda en las sociedades controladas al albur del socio de control, que, recordémoslo, se halla en situación de conflicto de interés porque es beneficiario directo de una medida que contribuye a bloquear la presencia y la eficacia de los dominicales minoritarios en el consejo. Entonces, el socio de control tendrá incentivos para vetar la remuneración, aunque esté estructurada con criterios de creación de valor, si el socio minoritario que satisface las retribuciones es disidente del control y amenaza con implicarse para reducir los beneficios privados.

Cabría alegar que la dispensa en sede de Junta ofrece a los socios minoritarios ciertas garantías, entre las que destaca la impugnación. Se podría impugnar si se deniega la autorización a pesar de que se pudiera "asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso" según reza el art. 230. 2 LSC. El problema es que la impugnación es un mecanismo deficiente para proteger a los minoritarios -que son los perjudicados por la prohibición de las remuneraciones externas- frente a las decisiones abusivas de los socios de control[72]. Es decir, supongamos que el suplemento remuneratorio cumple con las condiciones de publicidad y sus elementos retributivos están alineados con el interés social; sin embargo, la Junta no lo autoriza. Dada la

---

[70] Bebchuk, Lucian A., Hamdani, Assaf, «The Elusive Quest for Global Governance Standards», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 157, 2009, pp. 1263 ss.

[71] Bebchuk, Lucian A., Hamdani, Assaf, «The Elusive Quest for Global Governance Standards», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 157, 2009, pp. 1298, («*In contrast, in CS companies* (se refieren a sociedades con socios de control), *making it easier for the majority of shareholders to have its way cannot alleviate, and may exacerbate, the key concern of controller opportunism. Indeed, one strategy for addressing this agency problem is constraining the voting power of the majority of shareholders or empowering minority shareholders as a group to influence certain decisions*»). Los argumentos esgrimidos para justificar que las remuneraciones externas sean dispensadas por la Junta fortalecen a la Junta como bastión de los socios de control en las sociedades con propiedad concentrada. Paz-Ares, Cándido, «La anomalía de la retribución externa de los administradores: hechos nuevos y reglas viejas», *InDret*, vol.1, p. 31 [«(s)olo son legítimas desde el punto de vista de la organización las instrucciones colectivas y las retribuciones internas (unas y otras sujetas a la competencia de la Junta)»]; Portellano Díez, Pedro, *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Civitas, Madrid, 2016, p.121, [«(y) eso lo tienen que valorar los socios, no solo algunos de ellos; y, además, en el lugar apropiado: la Junta»].

[72] Gutiérrez Urtiaga, María y Sáez Lacave, María Isabel, «Strong shareholders, weak outside investors», *Journal of Corporate Law Studies*, vol. 18, 2018, pp. 290 ss.

imperatividad del art. 229.1 e) LSC, que no deja espacio para la excepción material o por ausencia de conflicto, y el prejuicio común entre nosotros de que el interés de la mayoría está alineado con el interés del conjunto de los socios (ignorando el conflicto de interés de los socios de control en la decisión), se me antoja aventurado pensar que el tribunal vaya a revisar a fondo la decisión de la Junta.

c) Adicionalmente, se podría invocar el paralelismo con el Derecho inglés, que obliga a que la autorización sea exclusiva de los socios, para sustentar la autorización de la Junta. Lo que sucede es que la racionalidad de la regla allí poco tiene que ver con las razones que se alegan entre nosotros (y mucho menos con la necesidad de preservar la competencia de los socios sobre cuestiones "constitutivas", entre las que se incluye la retribución, que se analizará en el apartado siguiente). Tiene más que ver con una lógica basada en los incentivos. La razón que se suele argüir es que al tratarse de una prohibición relativa exclusivamente a aceptar sobornos y dádivas que generen un conflicto de interés, los administradores serán más reacios a aceptarlos si se ven obligados a pedir autorización a los socios en vez de a los administradores, que serían más tolerantes con estas prácticas[73]. Al aplicar un filtro estrecho respecto a las comisiones y las ventajas que reciben los administradores hay un riesgo de falsos negativos: como existe una alta probabilidad de que las comisiones puedan ser perjudiciales para la sociedad, el riesgo de privar de tal beneficio al administrador es eficiente, pues, a fin de cuentas, se trata de beneficios "privados", con los que los administradores no deberían contar. Esta misma lógica late también en nuestro caso: como la norma prejuzga los complementos retributivos sin excepción como desleales, hace que sea de antemano difícil de revertir el prejuicio cuando la estructura de la retribución está alineada con el interés social. Pero en el caso de los suplementos retributivos, el coste de los falsos negativos es mucho mayor. Más allá de privar al administrador del beneficio privado de la remuneración, puede penalizar la contribución productiva que estos administradores puedan hacer a la creación de valor de la sociedad y restringe la capacidad de los socios minoritarios (no de los mayoritarios) de representar sus intereses en el consejo.

5.3. ¿Por qué tiene que autorizar la Junta una remuneración que no satisface la sociedad?

Por último, como el diseño del mecanismo de dispensa no se justifica por razones de eficiencia, se hace descansar en razones formales y procedimentales. El argumento nuclear para legitimar que la Junta deba autorizar en todo caso cualquier remuneración de terceros es de procedimiento: la materia retributiva de los administradores la decide la Junta General (art. 217.1 LSC). De otra manera, continua el argumento, se minarían las prerrogativas de la sociedad y de sus órganos para establecer la política de remuneraciones de los administradores[74]. Esta línea argumental viene a decir que el propio procedimiento social imposibilita de raíz la existencia de retribuciones externas no aprobadas por la Junta porque, más allá de los deberes fiduciarios, la Junta tiene atribuida la competencia exclusiva para remunerar a los administradores. Pues bien, el reparo que suscita este razonamiento es que los suplementos retributivos que satisfaga el socio a su dominical no es una cuestión que incumba a la política remuneratoria de la sociedad porque no compete a la sociedad su abono con cargo a su

[73] Kershaw, David, *Company law in context: text and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 574.

[74] Paz-Ares, Cándido, «La anomalía de la retribución externa de los administradores: hechos nuevos y reglas viejas», *InDret*, vol.1, p. 23; Portellano Díez, Pedro, *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 121-122.

patrimonio[75]. La razón de fondo por la que los socios han de tener voz a la hora de definir la política de remuneraciones de la sociedad no es meramente formal o procedimental, sino que se fundamenta en la supervisión de uno de los conflictos de interés más representativos de los administradores: la extracción de beneficios privados de la sociedad a través de la remuneración. Y resulta fácil comprobar que esta racionalidad no se aplica en el caso de los complementos retributivos abonados por el socio minoritario con cargo a su patrimonio particular, y no al patrimonio social.

En efecto, la explicación más elemental nos remite al juego de la relación principal-agente, porque los excesos o las ineficiencias en la configuración de la remuneración es un ejemplo paradigmático de extracción de beneficios privados. La relación principal-agente nace de la necesidad de especialización: los socios, especializados en inversión, delegan parte de sus facultades de control a los administradores, especializados en la gestión. Esta relación es productiva, pero a la vez, debido a la asimetría informacional entre el principal y el agente y a la incertidumbre de las decisiones empresariales, genera sus propias ineficiencias o costes de agencia (los administradores saben que tienen margen de maniobra para hacer prevalecer sus intereses privados por delante del interés de los socios sin que estos lleguen a percatarse de que sus intereses no están siendo servidos óptimamente).

Este razonamiento se aplica con exactitud al caso de la remuneración. El mecanismo remuneratorio es un sistema de incentivos cuyo propósito es alinear a los administradores con el interés de los socios de maximizar el valor de la sociedad, pero a su vez, capaz de generar sus propios conflictos de interés. En efecto, el diseño del paquete retributivo es una cuestión compleja y técnica, que escapa al *expertise* de los socios, y que se estructura y negocia en el ámbito de la gestión de la sociedad. Pero si los administradores gozaran de discrecionalidad para definir su propia remuneración tendrían la tentación de retribuirse de manera excesiva y de deslindar la retribución del rendimiento empresarial (es decir, de apartarse del interés de los socios)[76]. Como la retribución representa un conflicto típico de interés de los administradores, que lo supervise y vote la Junta promueve que haya transparencia sobre los complementos retributivos y control por parte de los socios, para evitar que los administradores se enriquezcan a costa del patrimonio social sin haber cumplido con su cometido[77].

---

[75] Portellano Díez, Pedro, *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Civitas, Madrid, 2016, p. 121. («habrá que valorarse si ello (se refiere a las decisiones estratégicas o de negocio) es compatible con el art. 217.4 LSC, según el cual el sistema de remuneración de los administradores deberá estar orientado a promover la rentabilidad y la sostenibilidad a largo plazo de la sociedad»). Sin embargo, la doctrina comparada se aparta de este criterio. En el caso de Alemania, la doctrina mayoritaria no apoya que el § 113 AktG, equivalente, aún con sus particularidades, a nuestro art. 217 LSC, sea aplicable cuando la retribución no es satisfecha por la sociedad o sus subsidiarias, Semler, Johannes, «Corporate Governance. Beratung durch Aufsichtsrat Mitglieder», *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht,* vol. 23, 2007, pp. 881 ss.; Neuhaus, *Martin,* Gelliben, *George,* «Drittvergütungen für Aufsichtsratsmitglieder», *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht,* vol. 35, 2011, p. 1364; Habersack, Mathias, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 5 Auflage, 2019, § 113 Rdn 12 («*Was hingegen sonstige Drittvergütungen anbelangt…§ 113 soll hingegen unanwendbar sein*»). Ver también las referencias que el autor cita en la nota 43.

[76] Bebchuk, Lucian, A., Fried, Jesse M., *Pay without performance: the unfulfilled promise of executive compensation*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2004: «*There is now recognition that many boards have employed compensation arrangements that do not serve shareholders' interests.* »).

[77] Esta misma lógica, Habersack, Mathias, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 5. Auflage, 2019, 113 Rdn 1 («*Letztlich geht es den Vorschriften des § 113 darum, die Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger vor überhöhten Bezügen und der damit verbundenen Gefahr einer Entziehung des Gesellschaftskapitals zu schützen*»).

Adicionalmente, esta racionalidad ha cogido impulso tras la crisis financiera, que puso en evidencia los altos sueldos de los administradores de bancos en crisis, y se impulsó en todo el mundo reglas sobre "*say on pay*"

Pues bien, sentado lo anterior, lo que importa ahora aclarar es que este conflicto no se suscita en relación con los complementos retributivos satisfechos por un tercero. En este caso, la retribución la satisface el *dominus*, no la sociedad, y la relación de agencia relevante a estos efectos es entre el socio y el dominical, por lo que carece de sentido que la Junta supervise una retribución que la sociedad no sufraga. Dicho con otras palabras, es el socio que satisface el complemento retributivo quien ha de preocuparse de no estar pagando en balde, sino para garantizarse que el dominical representa sus intereses con la máxima dedicación. Aquí la sociedad nada tiene que decir, salvo, claro está, que la configuración del complemento retributivo comprometa seriamente la independencia del administrador y se genere un conflicto fiduciario relevante con la sociedad.

6. Enmendando los desajustes de la prohibición

A estas alturas, y a la vista de las reflexiones y argumentos que se han ido desgranando a lo largo de este estudio, parece claro que los suplementos retributivos requieren de una aproximación más indulgente de la que propicia la norma. En favor de una vía hermenéutica que rebaje la imperatividad de la prohibición se pronuncia la doctrina más autorizada[78]. A mi juicio, la manera más razonable de superar las limitaciones de la regla sería abogar por una reducción teleológica de la prohibición, que la circunscriba exclusivamente a los casos en que se produce un conflicto de interés. Hay varias razones que abonan esta interpretación.

a) Para empezar, es fácil percatarse de que se trata de la fórmula interpretativa más acorde con el espíritu y el propósito último de la norma. Recordemos que la prohibición se localiza en un precepto, el art. 229. 1 LSC, cuya finalidad es ofrecer una lista de prohibiciones relativas bajo la matriz común de especificar y desglosar grupos de casos relativos a conflictos de interés que el administrador debe evitar. La estrategia de la norma pasa por visualizar y advertir sobre conflictos concretos y verificables, en lugar de impedir peligros abstractos. Desde esta perspectiva, la interdicción de la letra e) ha de interpretarse en conexión con el fin último de la regla, su carácter profiláctico, que se orienta a especificar la obligación del administrador de evitar ponerse en situación de conflicto de interés. Dicho con otras palabras, como el complemento retributivo no necesariamente es *per se* conflictivo (v. *supra*. 4), no se incumplirá el deber de lealtad si no se puede considerar razonablemente que la remuneración externa pueda dar lugar a un conflicto de interés.

Al igual que en la evaluación de otros conflictos de interés del mismo precepto, se plantea una verificación objetiva, o por así decirlo, económica de la realidad: se trataría de calibrar si un observador razonable pensaría que existe una posibilidad real y sensata de que el suplemento retributivo, tal y como esté configurado y estructurado, pueda crear un conflicto de interés. Este

como práctica de buen gobierno para aumentar la transparencia sobre la remuneración de los administradores y canalizar el control de los socios. Ferri, Fabrizio, Maber, David, A., «Say on Pay Votes and CEO Compensation: Evidence from the UK», *Review of Finance*, vol. 17, 2013, p. 530 («*UK investors perceived say on pay to R be a value enhancing monitoring mechanism and were successful in using say on pay votes to pressure firms to remove controversial pay practices and increase the sensitivity of pay to poor performance*»). No obstante, la adopción de estas reglas cambia de jurisdicción en jurisdicción, y depende sustancialmente en la estructura de propiedad y la composición de la base social, Thomas, Randall, S., Van der Elst, Christoph, «Say on Pay Around the World», *Washington University Law Review*, vol. 92, 2015, pp. 653 ss.

[78] Paz-Ares, Cándido, «Identidad y diferencia del consejero dominical», *Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de estudios, Madrid, 2019, pp. 124 ss.

es, en definitiva, el análisis que la ley pide que realice el administrador al exigirle que evite el conflicto. En este análisis no entrarían a valorarse las intenciones de los socios minoritarios que promueven al dominical, ni su concepción del interés social, que puede legítimamente no coincidir con el de los socios mayoritarios. Tampoco habría que enjuiciar en ese momento la lealtad o la falta de independencia del dominical. Lo único que debiera evaluarse es si la remuneración es transparente para la sociedad y está sustentada en criterios compartidos de maximización del valor global de la sociedad. Desde esta perspectiva, actuaría como un *safe harbour* que la remuneración esté definida con criterios similares a los que la propia sociedad prevé para los ejecutivos (por ejemplo, que el suplemento retributivo se vincule a incentivos variables, como un bonus referido a la evolución del valor o los beneficios) y que se hubiera comunicado en detalle a la sociedad.

b) La segunda razón que avala la interpretación que se propugna en estas páginas es que se trata de la manera de entender la norma más acorde con el Derecho comparado. Las jurisdicciones de nuestro entorno constriñen la prohibición referente a la recepción de beneficios o ventajas provenientes de terceras partes a situaciones de conflicto de interés. Solo entonces los administradores infringirían su deber de lealtad. Dos ejemplos ilustran este particular, Reino Unido -que prohíbe los "beneficios" al administrador provenientes de terceras personas- y Alemania -que carece de una regla prohibitiva-.

La Ley de Sociedades inglesa -la *Companies Act* de 2006- regula los beneficios de terceras partes en el contexto de los deberes fiduciarios de los administradores. En consecuencia, el administrador debe reprimir la recepción de beneficios satisfechos por un tercero por su condición de administrador, salvo que no pueda considerarse razonablemente probable que su aceptación origine un conflicto de interés (v. *supra.* 3. c)

En el caso alemán, no hay una prohibición legal a las remuneraciones externas, y la opinión predominante de la doctrina alemana se encamina a entender que los pagos o las remuneraciones de parte de un tercero han de constituir un conflicto de interés relevante para atraer la atención del Derecho, y en tal caso, desencadenarían las consecuencias legales generales de dicho conflicto[79]. Adicionalmente, el Código de Gobierno Corporativo alemán de 2017 establece una prohibición general para que los miembros del consejo exijan o acepten beneficios inapropiados de terceros para sí mismos o para cualquier otra persona en relación con su trabajo prestado para la sociedad[80]. En la medida en que están permitidos (es decir, cuando no son inapropiados), el código alemán- y ahora también la ley- obliga a que tales beneficios sean transparentes[81].

c) Adicionalmente, no solo es la solución más respetuosa con la *ratio* de la norma, y así se entiende en otras jurisdicciones, sino que las otras alternativas se revelan menos deseables. En

---

[79] *V.* por todos, Habersack, Mathias, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 5. Auflage, 2019, § 113 Rdn 12, y las referencias doctrinales de la nota 42.

[80] *V. RegierungsKommission, Deutscher Corporate Governance Kodex [German Corporate Governance Code*] 7, (disponible en https://www.dcgk.de/en/code/gcgc-2020.html), p. 8, última consulta el 21 de mayo de 2022.

[81] La transparencia se ha visto reforzada tras reforma operada en 2019 de la Aktiengesetz, cuyo art. 162 obliga a las sociedades cotizadas a preparar un informe de remuneración sobre la compensación de los administradores, en el que se incluye información en relación con los servicios que un tercero ha prometido a un miembro del consejo de administración en relación con su actividad como tal.

particular, me refiero a la solución patrocinada por la doctrina más atenta de mantener los términos imperativos de la prohibición, a la par que engrasar -a través de los informes de los administradores- el sistema de autorización por parte de la Junta, para así vencer, entiendo, algunas de las insuficiencias de la dispensa, como la resistencia a otorgar la autorización, a la que me he referido con anterioridad[82]. Esta propuesta se asienta en el presupuesto de que sea la Junta la que decida en todo caso si aprueba o no cualquier complemento retributivo, no por razones fiduciarias, sino para preservar las prerrogativas competenciales de la Junta en materia de retribución de los administradores. Así visto, podría alegarse que esta interpretación se mira en el espejo de la práctica americana, pues son a fin de cuentas los accionistas quienes aprueban la remuneración complementaria al elegir al administrador designado por el activista en un *proxy fight*. En este sentido, cabría argumentar que, *mutatis mutandis*, el voto de los accionistas que eligen al administrador con una retribución externa o de tercero sería entre nosotros lo más parecido a la autorización por parte de la junta de socios. En ambos casos, la retribución sería aprobada por los accionistas[83].

Esta comparativa es, no cabe duda, muy sugerente. Sin embargo, a la postre no es convincente, porque los arreglos de gobierno corporativo son complejos y no siempre resultan fáciles de contrastar o trasmutar de unas jurisdicciones a otras. En principio, es fácil simpatizar con la idea que subyace en el sistema americano de *proxy fight,* en el sentido de que sean los socios quienes puedan decidir, siempre que estén bien informados, si les conviene o no elegir a un administrador que reciba determinados complementos retributivos, dado que el administrador incentivado con la remuneración especial va a estar en posición de decidir sobre materias que repercuten y afectan a todos los socios. Aún y todo, esta lógica es difícil de darle traslado a nuestro Derecho. La razón tiene que ver con el sistema de propiedad -disperso frente a concentrado- que determina el sistema de decisión y de gobierno de la sociedad. Dado que el sistema decisorio está monopolizado por los socios de control, las decisiones colectivas o del conjunto de los socios las adopta el socio o socios mayoritarios con su poder de voto, lo que les convierte en *insiders* en relación con los demás socios. Si se mira la cuestión con más atención, se comprueba que la analogía es más aparente que real.

(i) La primera línea de argumentación se refiere a la prohibición fiduciaria propiamente dicha. Por de pronto, es preciso subrayar que en la regulación americana no hay tal cosa como una prohibición legal de las remuneraciones externas (ni siquiera siguen en pie los blindajes estatutarios que se erigieron en su día en algunas sociedades frente a ellas). Por ello, la elección del administrador con el voto de los socios no puede verse como una dispensa tácita o implícita de las retribuciones externas que ya son de por sí lícitas.

Es más, en el caso americano no se trata de una decisión separada, sino que se fusiona y confunde con la decisión de elegir a los administradores (el voto solo permite a los accionistas expresiones binarias de sus preferencias y enfoques). La manera de elegir a los minoritarios

---

[82] Paz-Ares, Cándido, «Identidad y diferencia del consejero dominical», *Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de estudios. 2019, p.127, [«La mayor indulgencia no requiere desplazar la regla de la prohibición de las retribuciones externas apelando al mandato natural. Basta con tenerla en cuenta en los procesos deliberativos de las comisiones de retribución y en los informes de los administradores encaminados a justificar la dispensa que ha de ser concedida por la Junta (art. 230.2 LSC)»].

[83] Paz-Ares, Cándido, «Identidad y diferencia del consejero dominical», *Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Centro de estudios. 2019, p. 128 («A la postre, la solución tampoco resulta tan distinta de la patrocinada por la doctrina americana referida»).

disidentes es, en principio, a través de un *proxy fight*: los activistas presentan una lista alternativa y competidora de candidatos a la elaborada por el Consejo de administración en el cargo. Como es muy raro que haya socios de control, el sistema del *proxy fight* descansa en la confianza de que los socios estén en condiciones de adoptar decisiones informadas sobre una cuestión fundamental, como es la dirección de la sociedad, gracias a la presencia de intermediarios financieros sofisticados, como asesores de voto e inversores institucionales. Es decir, la práctica americana tiene, en el fondo, más que ver con el sistema electoral y con ensanchar el abanico de elección de los socios respecto de las personas que representan sus intereses -y en la que han de valorar, de manera conjunta, cuestiones distintas como afiliación, experiencia, motivación, incentivos, etc-, que con la dispensa de un deber de lealtad -máxime en ausencia de conflicto de interés- o con las prerrogativas "orgánicas" o "constitucionales" de la Junta.

Por otro lado, resulta distorsionador inferir que el voto de los socios en un *proxy fight* es, *mutatis mutandis*, análogo a la aprobación de las remuneraciones especiales o complementarias en Junta, porque con ello parece darse a entender que los socios deben en todo caso aprobar la remuneración especial. Si abrimos el foco, enseguida comprobamos que esta visión no se ajusta a la realidad. De un lado, los *proxy fights* son una práctica deseable, pero rara. Más frecuente es el caso de los llamados *settlements*, que permiten que los disidentes entren en la lista oficial mediante un acuerdo con la sociedad, con los administradores, y que se ha convertido en la vía más habitual de acceso de los minoritarios en los consejos[84]. El acuerdo entre el activista y el consejo cierra la puerta a una lista competidora en un *proxy fight*, rebajando las alternativas de elección de los socios, que solo pueden votar una lista (y que, naturalmente, quedaría muy desdibujada la alegación de que aprueban -implícitamente- la remuneración). Del otro lado, existen otros supuestos muy comunes de remuneraciones externas al margen de la aprobación de la Junta. Es el caso de modelos de negocio establecidos y desarrollados a través de sociedades cerradas con socios sofisticados y muy contractualizadas. Así, es común que los *private equities* retribuyan a sus dominicales con criterios y métricas de maximización de valor[85]. Lo mismo sucede en relación con la remuneración en el entorno de las *venture capital*, sin que hasta el momento hayan despertado controversia, ni se haya suscitado la autorización por parte de la Junta.

Caben pocas dudas de que la prohibición del art. 229.1. e) LSC puede tener efectos no queridos ni deseables entre nosotros en este contexto de sociedades cerradas. La utilización oportunista de las reglas del Derecho de sociedades para, llegado el momento, reasignar los arreglos contractuales en interés de una de las partes, puede llevar a que se contraigan estos sectores de negocio (y mucho me temo, que los tribunales no van a hacer nada para evitarlo, a la vista de algunas de las decisiones judiciales en las que se confrontan los pactos parasociales)[86].

---

[84] Bebchuk, Lucian, A., et al., «Dancing with Activists», *Journal of Financial Economics*, vol. 137, no. 1, 2020, pp. 1-41.

[85] Iacobucci, Edward M., «Special Compensation Arrangements for Dissident Directors in Proxy Contests: A Policy Analysis», *Canadian Business Law Journal*, vol. 55, 2015, p. 382.

[86] Por ejemplo, *v.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2020 (núm. 613) (RJ 2020, 5282), sobre el caso Duro Felguera, y las reflexiones en Sáez Lacave, María Isabel, «Consejeros dominicales minoritarios y buen gobierno corporativo», *InDret*, vol.1, 2022, pp.7 ss. La doctrina jurisprudencial relativa a los pactos parasociales es preocupante porque parece ignorar la realidad (*v.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022 (núm. 1386), y pone en jaque el desarrollo de modelos de negocios innovadores, como el mercado de las *start-ups*.

(ii) La segunda reflexión pone el foco en el sistema electoral. Al trasladar la lógica del voto de los accionistas en un *proxy fight* a la práctica española, en la que hay socios de control, nos podemos fácilmente percatar de que aquí el sistema electoral tiene un diseño muy distinto. Entre nosotros los consejeros minoritarios (disidentes) no son elegidos por los socios en su conjunto, como sucede en un *proxy fight*, sino por los socios que los proponen a través del mecanismo del sistema de representación proporcional. En efecto, como los socios de control -que abundan en nuestras sociedades- monopolizan el sistema decisorio de la sociedad a través de la regla de la mayoría, el sistema electoral empodera a los minoritarios a elegir de manera proporcional a sus propios representantes en el consejo porque, de otra manera, el socio de control vetaría su representación si disintiesen del control.

En este contexto, la articulación de las remuneraciones externas presenta dos soluciones extremas o de esquina y, por ello, insatisfactorias. Por un lado, la autorización o aprobación de los sistemas remuneratorios de los dominicales minoritarios por la mayoría presenta el inconveniente de que permite que los socios de control interfieran de manera oportunista en la elección de los consejeros minoritarios a través del sistema proporcional, en el que, en principio, no debieran tener nada que decir. En efecto, si se establece que toda remuneración especial ha de ser autorizada por la Junta -importando acríticamente la práctica americana al entender que, a la postre, la retribución especial es aprobada por los accionistas al consentir el nombramiento del consejero minoritario- se permitiría que el socio mayoritario, por la puerta de atrás, repruebe el complemento remuneratorio, quedando el nombramiento del dominical minoritario a sus expensas, al menos en el terreno retributivo. Visto así, la autorización de la Junta sobre este tipo de retribuciones permitiría el oportunismo del socio de control (porque los socios de control tendrían en su mano la capacidad de frustrar el nombramiento de los dominicales minoritarios o, llegado el caso, revocar su nombramiento) y menoscabaría la capacidad de los socios minoritarios de obtener representación en el consejo.

Por otro lado, no es menos cierto que como en nuestro sistema los consejeros minoritarios no precisan del apoyo del resto de los socios, los demás socios no tendrían nada que decir sobre sus retribuciones, sobre todo, si no se compadece con criterios de maximización del valor social. Esta situación es también insatisfactoria, porque podría dar alas al oportunismo de los minoritarios. Pues bien, a la vista de tales escenarios, la solución más razonable con la razón práctica y respetuosa con la letra de la ley es que la prohibición se restrinja a los casos conflictivos, como vengo propugnando, y pueda la Junta valorar estos casos -pero no aquellos en que no hay riesgo de conflicto- a su conveniencia a efectos de dispensa.

(iii) Más allá de lo expuesto, ¿por qué no es deseable que la Junta decida sobre todos los sistemas remuneratorios especiales, y no solo sobre los conflictivos, aun mediando un informe de los administradores? Ya me he referido antes a las insatisfacciones derivadas del empoderamiento de la Junta cuando hay socios de control. La Junta no está en la mejor posición para valorar si los incentivos retributivos interfieren o no con el objetivo de creación de valor de la sociedad cuando los socios de control -que controlan el poder de voto en Junta- tienen típicamente un interés privado en no levantar un blindaje que les favorece (aunque no beneficie al conjunto de la sociedad). Los informes de los administradores encaminados a justificar la dispensa que ha de ser concedida por la Junta no enmiendan ni salvaguardan este riesgo. Más bien al contrario, la introducción de otro paso procedimental en el engranaje de la autorización de la Junta puede contribuir a difuminar la toma de decisiones. Dos observaciones resultan pertinentes. La primera se refiere al art. 217 LSC: la decisión sobre la oportunidad del

complemento retributivo abonado por un tercero excede de las competencias de la sociedad para decidir sobre una retribución que la sociedad no satisface, de modo que la comisión de retribuciones nada tendría que decir al respecto. La segunda reflexión se refiere al art. 230.2 LSC: no es evidente que el consejo -dominado por ejecutivos y dominicales de control- atienda con independencia, neutralidad y objetividad a la evaluación del diseño del complemento remuneratorio -conflictivo o no- para justificar la dispensa, dado que el socio de control tiene con frecuencia interés, en ocasiones, máximo interés, en obstaculizar la entrada de dominicales disidentes en el consejo, y la denegación de la dispensa allana el camino de sus intereses. Es difícil confiar en que generalmente aquellos administradores ligados al socio de control se abstraerán con energía en independencia de las preferencias de este, y examinarán con exquisita neutralidad la retribución de aquellos cuya entrada o permanencia se quiere entorpecer.

7. Bibliografía

Bainbridge, Stephen, «Can Corporate Directors Take Third Party Pay From Hedge Funds?», (disponible en http://www.professorbainbridge.com/professorbainbridgecom/2013/04/can-corporate-directors-take-third-partypay-from -hedge-funds.html), última consulta el 21 de mayo de 2022.

Bainbridge, Stephen., *Advanced Corporation Law*, Foundation Press, St. Paul, 2021.

Barontini, Roberto, Bozzi, Stefano, «Board Compensation and Ownership Structure: Empirical Evidence for Italian Listed Companies», *Journal of Management and Governance*, vol. 15, 2011, pp. 59-89.

Bebchuk, Lucian, A., et al., «Dancing with Activists», *Journal of Financial Economics*, vol. 137, 2020, pp. 1-41.

Bebchuk, Lucian A. et al.: «The Long-Term Effects of Hedge Fund Activism», *National Bureau of Economic Research*, vol. 115, 2015.

Bebchuk, Lucian A. «The Myth that Insulating Boards Serves Long-Term Value», *Columbia Law Review*, vol. 113, 2013, pp. 1637-1694.

Bebchuk, Lucian A., Hamdani, Assaf, «The Elusive Quest for Global Governance Standards», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 157, 2009, pp. 1263-1317.

Bebchuk, Lucian A., «The Myth of the Shareholder Franchise», *Virginia Law Review*, vol. 93, 2007, pp. 675-732.

Bebchuk, Lucian, A., Fried, Jesse M., *Pay without performance: the unfulfilled promise of executive compensation*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2004.

Bebchuk, Lucian et al., «The Powerful Antitakeover Force of Staggered Boards: Further findings and a reply to symposium participants», *Stanford Law Review*, vol. 55, 2002, pp. 887-917.

BEBCHUK, Lucian, A., HAMDANI, Assaf, «Optimal Defaults for Corporate Law Evolution», *Northwestern University Law Review*, vol. 96, 2002, pp. 489-527.

BEBCHUK, Lucian, HART, Oliver, «Takeover Bids vs. Proxy Fights in Contests for Corporate Control», *Journal of Financial Economics,* vol. 60, 2001, pp. 3-43.

BEBCHUK, Lucian A., ROE, Mark J., «A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance», *Stanford Law Review*, vol. 52, 1999, pp. 127-170.

BERTRAND, Marianne, MULLAINATHAN, Sendhil, «Enjoying the Quiet Life? Corporate Governance and Managerial Preferences», *Journal of Political Economy*, vol. 111, 2003, pp. 1043-1075 .

BRAV, Alon et al.: «Governance by Persuasion: Hedge Fund Activism and Market-based Shareholder Influence», *European Corporate Governance Institute – Working Paper*, vol. 797, 2021.

BRATTON, William W., WACHTER, Michael L., «The Case Against Shareholder Empowerment», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 158, 2010, pp. 653-728.

BURROUGH, Bryan, HELYAR, John, *Barbarians at the Gate: The Fall of RJR Nabisco*, Harper & Row, (New York, USA), 1989.

CAIN, Matthew D. et al., «How Corporate Governance Is Made: The Case of the Golden Leash», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 164, 2016, pp. 649-702.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Racionalidad económica y deberes de lealtad de los socios», *Foro de Derecho Mercantil: Revista internacional*, vol. 40, 2013, pp. 127- 150.

COFFEE, John C. Jr., «Shareholder Activism and Ethics: Are Shareholder Bonuses Incentives or Bribes?», *CLS Blue Sky Blog*, (disponible en http://clsbluesky.law.columbia.edu/2013/04/29/shareholder-activism-and-ethics-are-shareholder-bonuses-incentives-or-bribes), última consulta el 21 de mayo de 2022.

COOLS, Sofie., «Shareholdder proposals shaking up shareholder say: a critical comparison of the United States and Europe», en AFSHARIPOUR, Afra; GELTER, Martin (eds.), *Comparative Corporate Governance*, Cheltenham, Edwar Elgar, 2021.

CREMERS, K. J. Martijn, LITOV, Lubomir P., SEPE, Simone M., «Staggered Boards and Long-Term Firm Value, revisited», *Journal of Financial Economics*, vol. 126, 2017, pp. 422-444.

COFFEE, John C. and PALIA, Darius, «The Wolf at the Door: The Impact of Hedge Fund Activism on Corporate Governance», *Annals of Corporate Governance*, vol. 1, 2016, pp. 1-94.

COHEN, Alma, WANG, Charles C.Y., ¿«How Do Staggered Boards Affect Shareholder Value? Evidence from a Natural Experiment», *Journal of Financial Economics*, vol. 110, pp. 627-641.

DAVIDOFF SOLOMON, Steven, «Upping the Ante in a Play for a Stronger Board», *New York Times*, (disponible en http://dealbook.nytimes.com/2013/04/02/upping-the-ante-in-a-play

-for-a-stronger-board/? r=1 [https://perma.cc/BXG7-DTAD), última consulta el 21 de mayo de 2022.

Davies, Paul L., Gower, Lawrence CB., *Principles of modern Company law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2012.

Edmans, Alex, et al. «Chapter 7 - Executive compensation: A survey of theory and evidence», en Hermalin, Weisbach (eds.), *The Handbook of Economics of Corporate Governance*, vol. I, 2017.

Ferri, Fabrizio, Maber, David, A., «Say on Pay Votes and CEO Compensation: Evidence from the UK», *Review of Finance*, vol. 17, 2013, pp. 527-563.

Fried, Jesse M., «The Uneasy Case for Favoring Long-Term Shareholders», *Yale Law Journal*, vol. 124, 2015, pp. 1554-1627.

García García, Enrique, «Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés», en García-Cruces y Sancho Gargallo (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Gimeno Ribes, Miguel, *Régimen jurídico de los sistemas de retribución de los administradores sociales*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

Gilson, Ronald J., Gordon, Jeffrey N., «Board 3.0: What the Private-Equity Governance Model Can Offer Public Companies», *Journal of Applied Corporate Finance*, vol. 32, 2020, pp. 43-51.

Gilson, Ronald, J., Kraakman, Reinier, «Reinventing the Outside Director: An Agenda for Institutional Investors», *Stanford Law Review*, vol. 43, 1991, pp. 863-906.

Gómez, Juan Pedro, «Remuneración e incentivos de los consejeros ejecutivos en las empresas del Ibex 35 entre 2013 y 2017», *Boletín de la CNMV,* Trimestre I, 2019.

Gutiérrez Urtiaga, María y Sáez Lacave, María Isabel, «Determinantes de la remuneración de los consejeros en España», *Boletín Oficial de la CNMV*, Trimestre III, 2020.

Gutiérrez Urtiaga, María y Sáez Lacave, María Isabel, «Strong shareholders, weak outside investors», *Journal of Corporate Law Studies*, vol. 18, 2018, pp. 277-309.

Habersack, Mathias, Goette, Wulf, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, § 113, 5 Auflage, 2019.

Hamdani, Assaf, Yafeh, Yishay, «Institutional Investors as Minority Shareholders», *Review of Finance*, vol. 17, 2013, pp. 691-725.

Hannigan, Brenda, *Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Hirst, Scott, «Universal Proxies», *Yale Journal on Regulation*, vol. 35, 2018, pp. 437-511.

IACOBUCCI, Edward M., «Special Compensation Arrangements for Dissident Directors in Proxy Contests: A Policy Analysis», *Canadian Business Law Journal*, vol. 55, 2015, pp. 365-388.

JENSEN, Michael, C., MURPHY, Kevin J., «Performance Pay and Top-Management Incentives», *Journal of Political Economy*, vol. 98, 1990, pp. 225-263.

JENSEN, Michael C., MURPHY, Kevin J., «CEO Incentives - It's Not How Much You Pay, But How», *Journal of Applied Corporate Finance*, vol. 22, 2010, pp. 64-76.

KASTIEL, Kobi, NILI, Yaron, «"Captured Boards": The Rise of Super Directors and the Case for a Board Suite», *Wisconsin Law Review*, vol. 1, 2017, pp.19-68.

KASTIEL, Kobi, «Executive Compensation in Controlled Companies», *Indiana Law Journal*, vol. 90, 2015, pp. 1131-1175.

KERSHAW, David, *Company law in context: text and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

LANGEVOORT, Donald C., «The Human Nature of Corporate Boards: Law, Norms and the Unintended Consequences of Independence and Accountability», *Georgetown Law Journal*, vol. 89, 2000, pp. 797-832.

LASTER, J. Travis, ZEBERKIEWICZ, John M., «The Rights and Duties of Blockholder Directors», *The Business Lawyer*, vol. 70, 2015, pp. 33-60.

LIPTON, Martin et al.: «Do Activist Funds Really Create Long Term Value?», *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, 2014.

LIPTON, Martin et al., «Wachtell Proposes Bylaw to Ward off Threat of Conflicted Directors», *CLS Blue Sky Blog*, (disponible en http/clsbluesky.law.columbia.edu/2013/05/10/wachtell -proposes-bylaw-to-ward-off-threat-of-conflicted-directors [https://perma.cc/E57T-FDAH]), última consulta el 21 de mayo de 2022.

LIPTON, Martin, «Bylaw Protection Against Dissident Director Conflict/Enrichment Schemes», *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, disponible en (https://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2013/05/.), última consulta el 21 de mayo de 2022.

NEUHAUS, *Martin,* GELLIBEN, *George,* «Drittvergütungen für Aufsichtsratsmitglieder», *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht,* vol. 35, 2011, pp. 1361-1365.

NILI, Yaron, «Servants of Two Masters? The Feigned Hysteria Over Activist Paid Directors», University of Pennsylvania Journal of Business Law, vol. 18, 2016, pp. 509-572.

PAZ-ARES, Cándido, «Identidad y diferencia del consejero dominical», *Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, *Centro de estudios*, Madrid, 2019.

PAZ-ARES, Cándido, «La anomalía de la retribución externa de los administradores: hechos nuevos y reglas viejas», *InDret*, vol. 1, 2014, pp. 1-53.

PORTELLANO DÍEZ, Pedro, *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Civitas, Madrid, 2016.

PRESTIDGE, Adam, «Activist Compensation of Board Nominees and the Middle Ground Response», *Hastings Business Law Journal*, vol. 11, 2015, pp. 307-340.

ROE, Mark J., *Missing the Target: Why Stock-Market Short-Termism Is Not the Problem*, Oxford University Press, Oxford, 2022.

ROE, Mark J., «Corporate Short-Termism –in the Boardroom and in the Courtroom», *The Business Lawyer*, vol. 68, 2013, pp. 977-1006.

SÁEZ LACAVE, María Isabel, «Consejeros dominicales minoritarios y buen gobierno corporativo», *InDret*, vol. 1, 2022, pp.1-85.

SÁEZ LACAVE, María Isabel, «Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas», *InDret*, vol. 1, 2016, pp. 1-59.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., «La prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros (Artículo 229.1.e) LSC)», *Revista de derecho bancario y bursátil*, vol. 140, 2015, pp. 43-76.

SEMLER, Johannes, «Corporate Governance. Beratung durch Aufsichtsrat Mitglieder», *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht,* vol. 23, 2007.

SHILL, Gregory H. «The Golden Leash and the Fiduciary Duty of Loyalty», *UCLA Law Review*, vol. 64, 2017, pp. 1246-1300.

VEASEY, E. Norman, DI GUGLIELMO, Christine T., «How Many Masters Can a Director Serve? A Look at the Tensions Facing Constituency Directors», *The Business Lawyer*, vol. 63, 2008, pp. 761-775.

THOMAS, Randall, S., VAN DER ELST, Christoph, «Say on Pay Around the World», *Washington University Law Review*, vol. 92, 2015, pp. 653-731.

WITNEY, Simon, «Corporate opportunities law and the non-executive director», *Journal of corporate law studies*, vol. 16, pp. 145-186.

InDret
3.2022

Esther Torrelles Torrea
Universidad de Salamanca

La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el «*mayor beneficio para la vida y salud del paciente*» en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario

Sumario

El presente trabajo aborda el estudio del derecho de la persona con discapacidad a tomar sus propias decisiones en el ámbito sanitario. En concreto se estudia el consentimiento informado desde la perspectiva estatal española y catalana. Las normas sanitarias no se han adaptado a la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con discapacidad lo que genera contradicciones frente al nuevo paradigma que es preciso subsanar. Se describen los supuestos en los que puede consentir la misma persona con discapacidad y los supuestos en los que consiente una medida de apoyo o un asistente con funciones representativas. Estos supuestos conducen al análisis de la voluntad anticipada, de la hipotética y del mayor beneficio del paciente. El trabajo finaliza con un estudio jurisprudencial del tema que anuncia fricciones con la nueva normativa.

Abstract

This paper examines the right of people with disabilities to make their own decisions in the field of healthcare. In particular, the article focuses on the informed consent from the Spanish and Catalan perspective. Health regulations have not been adapted to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which generates contradictions with the new paradigm that need to be rectified. It lists the cases in which the person with a disability can consent and the cases in which another person with representative functions consents. These cases lead to the analysis of the advance will, substituted judgment, and the patient's best interests. The work concludes with a jurisprudential study that announces frictions with the new regulation.

Title: *Advance will, substituted judgment and best interest in the informed consent of people with disabilities in the health field*

Palabras clave: Discapacidad, consentimiento informado, representación, asistencia, voluntad anticipada, voluntad hipotética, mayor beneficio, sanitario

***Keywords*:** *Disability, informed consent, assistance, representation, advance will, substituted judgment, best interest, medical*

DOI: 10.31009/InDret.2022.i3.03

InDret

3.2022

Recepción
10/04/2022
-
Aceptación
16/05/2022
-

Índice

-

1. Introducción
2. Observaciones previas
2.1. Primera: Problema de competencia legislativa
2.2. Segunda: Laguna axiológica sobrevenida
2.3. Tercera: La entronización de la autonomía de la voluntad
3. El consentimiento informado en el ámbito sanitario
3.1. Derecho de información
3.2. Derecho a consentir
a. Situaciones en que el consentimiento es emitido por el propio paciente con discapacidad en un momento presente o pasado
b. Situaciones en que el consentimiento lo emite otra persona
3.3. Criterios con base en los cuales debe decidir el representante o sustituto
a. Voluntad anticipada
b. Voluntad hipotética
c. El mayor beneficio para la vida o salud del paciente
4. ¿Qué sucede en la práctica jurisprudencial?
5. Bibliografía y jurisprudencia

-

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

1. Introducción*

En septiembre de 2021, entró en vigor la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica*, que ha modificado el tratamiento de la discapacidad en el ordenamiento jurídico estatal español para adaptarse a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York en 2006 (en adelante CNUDPD). El inicio de la norma se ubica en el mandato del Ministerio de Justicia a la Comisión General de Codificación en 2015 para que empezara los trabajos de modificación de la legislación civil estatal con el objetivo de cumplir con el art. 12 de la CNUDPD, que entre otros aspectos, obliga a que los Estados parte reconozcan «que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás», que han de adoptar «las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica», y que además han de asegurar que «en todas les medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos»[1].

La ley 8/2021 implica un cambio radical de sistema[2], pasando de un modelo de actuación basado en la sustitución de la voluntad de las personas en esta situación por parte de un tutor o curador, a un modelo opuesto cuyo centro es el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona en cuestión y a la libertad de ésta para tomar sus propias decisiones recurriendo a apoyos, si es preciso.

---

* Esther Torrelles Torrea (etorrelles@usal.es) Miembro investigador del GIR «Persona y consumo. Protección de colectivos vulnerables», de la Universidad de Salamanca cuyo investigador responsable es JOSÉ ANTONIO MARTÍN PÉREZ, reconocido el 18/10/2018.

Agradezco a la Prof.ª Mª Paz García Rubio sus consejos y su amabilidad por haberme proporcionado materiales aún inéditos.

[1] GARCÍA RUBIO, «La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles», en LLAMAS POMBO/MARTÍNEZ RODRIGUEZ/TORAL LARA, *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 49.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria, ya se inspiró en los principios de la CNUDPD, al modificar los procedimientos de incapacitación judicial y regular los llamados procesos de modificación judicial de la capacidad. Sin embargo, otras leyes anteriores, como la Ley 26/2011 de Adaptación Normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, el RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social o la LO 2/2018 de 5 de diciembre para la modificación de la Ley de Régimen electoral general (entre otras), también se hicieron eco de los principios de la Convención. A nivel jurisprudencial fue decisiva la STS 282/2009, Civil, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2009:2362), que interpretó nuestro ordenamiento a la luz de la CNUDPD repuntando a partir de entonces la constitución de curatelas de asistencia en detrimento de la constitución de la tutela.

[2] Es habitual leer que la reforma de 2021 comporta la consagración de un *nuevo paradigma* en esta materia. El recurso a los cambios de paradigma («*paradigm shifts*») para explicar el progreso científico se debe a KUHN (*The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 1962; hay edición castellana, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971), para quien las ciencias no evolucionan linealmente de resultas de la acumulación de nuevos conocimientos, sino que experimentan abruptas transformaciones («*paradigm shifts*»), tras las cuales el acervo científico acumulado en un determinado campo es replanteado sobre bases nuevas que explican, mucho mejor que las precedentes, la realidad existente. En nuestro caso, el *nuevo paradigma* es el encumbramiento de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad, que sustituye al *viejo paradigma* del incapacitado necesitado siempre de asistencia o de representación en función del contenido de la sentencia de incapacitación.

La nueva ley ha supuesto también un cambio transversal que afecta al conjunto del ordenamiento. Las leyes que resultan modificadas por la Ley 8/2021 son diversas (Código civil -en adelante CC-, Ley de Jurisdicción Voluntaria -en adelante LJV-, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley Hipotecaria, Ley de Registro Civil, Ley del Notariado, Ley del Patrimonio Protegido -en adelante LPP-, Código de Comercio, Código Penal), la gran mayoría aplicables a todo el Estado, excepto el CC y la LPP.

Sin embargo, todavía quedan normas en todas las ramas del derecho, que siguen ancladas en la vieja concepción de la limitación de la capacidad. Por tanto, en estos momentos la nueva regulación está conviviendo con una legislación obsoleta y contraria a la misma en distintos ámbitos normativos. Entre dichas normas cabe destacar la urgente necesidad de reformar las leyes sanitarias[3].

El primer problema es la abundante legislación existe, tanto estatal como autonómica, en torno a la salud. En el presente trabajo nos centraremos en la legislación civil estatal y en la legislación catalana. El Código civil de Cataluña (en adelante CCCat) contiene normas sanitarias en los art. 212-1 ss. del Libro segundo, Título I, capítulo II y en la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, *sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica* (en adelante LAPCat). El CC, no dedica un apartado especial a las normas sanitarias, pero el art. 287.1º CC hace una remisión a las leyes especiales existentes vinculadas con la salud, que en una primera lectura quedan fuera del régimen codificado[4].

De la lectura de las normas de ambos ordenamientos jurídicos, se desprende que, dentro del ámbito sanitario, hay tres cuestiones que centran la atención: el internamiento, el consentimiento informado, y diversas leyes especiales relativas a la salud, como son, entre otras,

---

[3] Defiende esta necesidad GARCÍA RUBIO, «La reforma de la discapacidad en el Código civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 25, 2021, p. 100.

El derecho a la salud tiene un reconocimiento frágil y tenue en los textos internacionales. En estos textos la mención al derecho a la salud no pasa de tener un carácter programático, entendido como derecho de naturaleza social y económica, que informa la actuación de los Estados en materia de política social y que, como tal, no resulta directamente exigible ante los tribunales. Ninguna de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos CEDH menciona de forma expresa el derecho a la salud. En este sentido, el Convenio se aparta de otros textos de carácter internacional que sí se refieren a dicho derecho. Para más información, SOLÉ FELIU, «Derecho a la salud, responsabilidad civil biomédico-sanitaria y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humano», en SOLÉ RESINA (coord..), *Persona, familia y género, Liber amicorum a Mª Del Carmen Gete-Alonso y calera,* Atelier, Barcelona, 2022, pp. 135 ss.

La CNUDPD sí se refiere a la salud de las personas con discapacidad. En su art. 25.d) se advierte que los Estados: "*Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad una atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado*".

[4] ALVAREZ LATA, «Comentario al art. 287 CC», en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código civil*, 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 526. Se trata de una norma que sufrió importantes reformas en su tramitación. Pueden consultarse en MUNAR BERNAT, «Comentario al art. 287 CC», en GARCÍA RUBIO/MORO ALMARAZ (dirs.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad,* Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, pp. 434 y 435; GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Comentario al art. 287 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p.787 ss., considera que no hubiera sido necesario hacer referencia ni al internamiento ni al consentimiento informado por tener su propio régimen legal y a los que no se aplica la necesidad de autorización judicial, «hubiera bastado excluir de esta norma los actos a los que resulte aplicable un régimen especial» (p. 797); PALLARÉS NEILA, «El ejercicio de la nueva curatela», en PEREÑA VICENTE/HERAS HERNÁNDEZ, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 junio,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 274 ss.

las concernientes a la esterilización, las técnicas reproducción asistida, los ensayos clínicos, los trasplantes de órganos, la interrupción voluntaria del embarazo, la transexualidad, o la eutanasia. Estas normas no se han reformado para adaptarse a la CNUDPD.

De los tres asuntos mencionados nos centraremos en el consentimiento informado, cuestión que en el fondo puede repercutir en todos los demás[5]. Analizaremos, básicamente, cómo se presta cuando el paciente es una persona con discapacidad, cuándo es necesario acudir a la representación y las formas mediante las que la persona con discapacidad puede expresar su voluntad. Pero antes de entrar en ello nos parece oportuno realizar unas observaciones previas.

2. Observaciones previas

2.1. Primera: Problema de competencia legislativa

Es preciso advertir la existencia de un problema de competencia legislativa en materia civil en el sentido del art. 149.1.8 CE, no de competencia jurisdiccional. ¿Qué normas regulan estos temas? La reciente ley estatal 8/2021, con respecto a su contenido de derecho civil sustantivo, no es de aplicación directa ni supletoria en Cataluña de acuerdo con los artículos 111-2 y 111-5 del CCCat[6]. Pero sí le afectan las modificaciones de carácter procesal que introduce. Por ello Cataluña aprobó el *Decreto-Ley 19/2021 de 31 de agosto por el que se adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad* (en adelante DL 19/2021) que otorga una nueva redacción a los preceptos relativos al asistente[7]. El decreto tiene una vocación temporal y transitoria hasta que se apruebe la reforma del libro segundo del CCCat[8]. Con su aprobación se ha evitado un vacío legal en Cataluña, puesto que la ley 8/2021 suprime el procedimiento judicial de modificación de la capacidad.

Cabe advertir también que la ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (en adelante LAP), tiene carácter básico (DA 1ª LAP), por lo que se aplica a Cataluña. Esto

[5] El internamiento y las leyes especiales son tema con una especificidad propia merecedora de una atención particular que le daré en otro lugar.

[6] GARCÍA RUBIO, «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», Artículo monográfico, *SP/DOCT/114070*, junio 2021, p. 2, pone de manifiesto que «sigue pendiente la adaptación de los ordenamientos civiles autonómicos competentes en la materia».

[7] En Cataluña no se regula como medida de apoyo la curatela sino la asistencia. Se otorga una nueva redacción a los art. 226-1 a 226-8 CCCat a fin de facilitar el nombramiento del asistente (medida formal) de forma judicial o notarialmente. La designación judicial se realiza a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria para la previsión de apoyos. La notarial a través de escritura pública. Esta segunda vía permite avanzar hacia la efectiva desjudicialización de la vida de las personas con discapacidad y de sus familias, y descongestionar la actividad de los juzgados, sin perjuicio de las funciones de control y supervisión que en todo caso corresponden a la fiscalía y a la autoridad judicial. Además, mientras no se produzca la futura reforma del conjunto de instituciones de protección de la persona, la tutela y la curatela se aplicarán sólo a las personas menores de edad, sin perjuicio de que el régimen legal del cargo de la tutela resulte aplicable supletoriamente a la asistencia en todo aquello que no se oponga al régimen propio de esta.

A partir de la entrada en vigor del DL 19/2021, la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada ya no se pueden constituir en relación a las personas mayores de edad. Se les aplicará, si procede, el régimen de la asistencia. La tutela, curatela o potestad parental prorrogada o rehabilitada que se hayan constituido con anterioridad se mantienen hasta su revisión.

[8] Para un avance de la línea que sigue la reforma en Cataluña, VALLS I XUFRÉ, «Convergencias y divergencias de la reforma del ejercicio de la capacidad jurídica en Derecho común y catalán», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA/GARCÍA MAYO (dirs.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosch Walters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 191, 169 y 170; o RIBOT IGUALADA, «Discapacitat i capacitat jurídica: vers un nou model institucional basat en el suport en la presa de decisions», en SERRANO DE NICOLÁS (coord.), *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución española,* Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 113 ss.

implica que cualquier interpretación de la normativa catalana al respecto debe ser coherente con ella. Es decir, la ley catalana solo puede desarrollarla, sin contradecir los aspectos que regula la ley estatal con carácter básico[9]. De ello también se hacen eco las *Bases de la reforma del Códi civil de Catalunya en materia de suport a l'exercici de la capacitat jurídica*[10].

El CCCat cuenta con los arts. 212-1 y 212-2 CCCat, que son complementarios de la regulación que sobre el derecho de informar y el otorgamiento de consentimiento informado, hacen a nivel estatal la LAP y a nivel autonómico la ley 21/2000, de 29 diciembre, *sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica*.

Por tanto, el cruce de normativa es complejo, abundante y, a veces, contradictorio.

2.2. Segunda: Laguna axiológica sobrevenida

En el ámbito estatal, mientras las normas sanitarias no sean modificadas existe un problema interpretativo en la materia que nos ocupa. Hay una laguna axiológica sobrevenida, pues los nuevos principios no se corresponden con unas reglas preexistentes. Hay que decidir si la Ley 8/2021 deroga a las anteriores, o si éstas han de prevalecer por su carácter especial frente al Código civil. Creemos que mientras no se adapten dichas leyes al nuevo modelo, es necesario que estas normas se interpreten a la luz de la nueva regulación.

Por tanto, en aplicación de los principios de temporalidad, especialidad y *pro homine*, en materia sanitaria ha de prevalecer lo previsto en el Código civil. Además, la Disposición derogatoria única de la Ley 8/2021 señala que «*Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley*»; lo que sucede es que el articulado del Código civil salva las normas sanitarias (art. 287.1º CC).

En Cataluña, el actual art. 226-6 CCCat aplica a la asistencia las reglas de la tutela que deben interpretarse «*conforme a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*», pero solo remite a las normas relativas a la tutela. Sin embargo, sí se hace referencia a las normas sanitarias en las *Bases de la reforma del Códi civil de Catalunya en materia de suport a l'exercici de la capacitat jurídica*. En la Exposición de Motivos II se afirma que «*resta fora d'aquestes bases orientar com s'adapten a la Convenció de Nova York les actuals disposicions dels capítols I i II del Codi civil de Catalunya en matèria de tractaments mèdics i internaments, que concorden i despleguen normes estatals bàsiques o orgàniques (...)», aunque se añade que «la regulació dels suports en l'exercici de la capacitat jurídica haurà de concordar i respectar el marc legal que resulti del procés d'adaptació del dret català a la Convenció de Nova York en allò relatiu a l'autonomia de la persona en l'àmbit de la salut*». Y la Base 1ª, respecto a la toma de decisiones en el ámbito de la salud, señala que se estará a lo que disponga la normativa específica en la materia. Sería conveniente actualizar las normas sanitarias del CCCat, para que no se repita el mismo problema que en la normativa común.

Como afirma RIBOT IGUALADA[11] «La Convenció, en la seva qualitat de tractat sobre drets fonamentals, també serveix per a interpretar "*las normas relativas a los derechos fundamentales y*

[9] FARNÓS AMORÓS, «Comentari art. 212-1 CCCat», en EGEA I FERNÁNDEZ/FERRER RIBA (dir), *Comentari al llibre segon del codi civil de Catalunya. La persona física i les instituciones de protección de la persona*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 140, y 156. O BAYOD LOPEZ, «Eutanasia: requisitos y capacidad», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA/GARCÍA MAYO (dirs.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosch Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 254.

[10] Exposició de Motius II, p. 3.

[11] RIBOT IGUALADA, *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución española*, p. 106.

a las libertades que la constitución recoge" (art. 10.2 CE) i, per extensió, el conjunt de l'ordenament jurídic espanyol. La qual cosa afecta, és clar, tot allò relatiu a la igualtat davant la llei i a les condicions d'exercici de tots els seus drets fonamentals per les personas amb discapacitat».

2.3. Tercera: La entronización de la autonomía de la voluntad

Una de las grandes novedades de la reforma de la discapacidad es la entronización del derecho de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones, si es preciso, con la ayuda de medidas de apoyo. Hay que dar primacía a la voluntad, deseos y preferencias en el ejercicio de la capacidad jurídica por encima de cualquier consideración relativa al interés de la persona con discapacidad (entre otros, arts. 249 CC y 226-1.4 CCCat). El resultado puede comportar el desplazamiento del «mejor interés o interés superior» de estas personas en atención a su voluntad y preferencias[12].

Se encumbra la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad como expresión de su dignidad humana. La autonomía de la voluntad es la esencia del Código civil, un principio informador del derecho, que se apoya fundamentalmente en la libertad y dignidad de la persona. Es el poder de la persona para configurar y disciplinar su propia esfera jurídica, reconocido, amparado y limitado solo por el ordenamiento jurídico. La autonomía permite a la persona dar vida y disciplinar relaciones jurídicas[13]. Para considerar que una decisión es autónoma, y por tanto debe promoverse, deben cumplirse estos requisitos: la voluntariedad (intencionalidad), el conocimiento (tener información y entenderla), la ausencia de un control externo, la competencia y la autenticidad[14]. El mensaje de la Ley 8/2021 es que hay que potenciar la autonomía de las personas con discapacidad y poner los medios para que puedan ejercer dicha autonomía en condiciones de seguridad y de máxima eficacia[15]. Manifestaciones palmarias de

[12] GARCÍA RUBIO, *SP/DOCT 114070*, junio 2021, p. 4. Hasta ahora existían regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones. Se trataba de sistemas en los que se despojaba a la persona de la capacidad de obrar, pues una persona, que no es la concernida, podía nombrar al sustituto que tomaría las decisiones y ese nombramiento podía hacerse contra su voluntad. Toda decisión adoptada por el sustituto se basaba en el interés superior en lugar de basarse en la propia voluntad y preferencias (GARCÍA RUBIO, «La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en e Código civil español a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 diciembre de 2006», en GARCÍA GOLDAR/AMMERMEN YEBRA (dirs.), *Proposta de modernización do Dereito*, editores Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2017, p. 12).

La Base 4ª de reforma del Código civil de Cataluña advierte que «Totes les formes de suport han d'estar basades en la voluntat i les preferències de la persona, no en el que se suposa que és el seu interès superior objectiu».

Algunas SSTS, inmediatamente anteriores a la Ley 8/2021, consideran que el interés superior de la persona con discapacidad es un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladores de las medidas de apoyo (STS 269/2021, Civil, de 6 de mayo 2021, ECLI:ES:TS:2021:1894; STS 458/2018, Civil, de 18 de julio 2018, ECLI:ES:TS:2018:2805). Sigue sin despegarse del todo de este criterio, aunque de manera menos explícita, la STS 589/2021, Civil (Pleno), de 8 septiembre (ECLI:ES:TS;2021:3276). Incluso en la jurisprudencia menor, ya estando en vigor la nueva ley, podemos leer que «el interés de la persona subyace como principio correctivo» (SAP Santander de 23 de septiembre 2021, ECLI:ES:APS:2021:1083). Se incidirá en el tema más adelante.

[13] ALONSO PÉREZ, «La autonomía privada y su expresión fundamental, el negocio jurídico», en RAMS ALBESA (dir.), *Tratado de Derecho civil II: normas civiles y derecho subjetivo,* Iustel, Madrid, 2014, p. 256.

[14] El Comité de Bioética de Cataluña se hace eco también respecto a cuándo una decisión es autónoma en «El respecte a la voluntat de la persona amb transtorn mental i/o adicció: documento de voluntats anticipades y planificacio de decicions anticipades», Comité de Bioètica de Catalunya, desembre 2017, p. 17: «La valoració de la competència és l'element essencial ja que inclou la ponderació de la informació de què es disposa, la seva comprensió, etc. La competència és la capacitat de fet i no sempre coincideix amb la capacitat legal».

[15] RIBOT IGUALADA, «Las bases de la reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica», en GETE-ALONSO CALERO (dir.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de capacidad*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 66. Añade que «la ley debe tratar igual a todas las personas, con o sin discapacidad. Pero al

esta primacía de la voluntad de la persona es la prioridad que se otorga a las medidas de apoyo voluntarias y la necesidad de que quienes prestan apoyo (voluntario, informal o judicial) respeten la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad[16]. La jurisprudencia se ha hecho eco de esta primacía y, a título de ejemplo, la STS 552/2017, Civil, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3535) ya antes de la reforma estatal afirmaba que la CNUDPD «trata de preservar al máximo que la persona afectada por una discapacidad pueda ejercitar por sí sus derechos; que pueda desarrollar al máximo sus posibilidades de autogobierno».

La persona con discapacidad es un verdadero sujeto de derechos y no un mero objeto de cuidados[17]. Y debe poder ejercer, si es preciso con apoyos, los derechos que la legislación sanitaria reconoce a todos los ciudadanos, evitando, en la medida de lo posible, cualquier sustitución en esa formación[18]. Las medidas de apoyo con función representativa son excepcionales y, como se verá más adelante, solo deberá decretarse en aquellas situaciones en la que la persona con discapacidad esté absolutamente privada de cualquier capacidad de decidir.

3. El consentimiento informado en el ámbito sanitario

Actualmente debe asegurarse la plena accesibilidad de las personas con discapacidad a sus propios asuntos. En el ámbito sanitario debe garantizarse no solo la *participación* de la persona con discapacidad, sino su *implicación* en la adopción de decisiones que le afectan o pueden condicionar su vida o su futuro[19]. Hay que asegurar que la persona con discapacidad a la que le afectará una decisión sanitaria pueda entender aquello sobre lo que se le solicita su consentimiento. En muchas ocasiones, no será sencillo trasladar el contenido de los actos médicos que se les prescriben o aconsejan, es decir, hacerles comprender la propia naturaleza de la situación. El papel de la medida de apoyo o el asistente es decisivo en estas situaciones, intentando ser lo menos invasivo y sustitutivo posible.

La regla general en el ámbito sanitario es el respeto a la autonomía del paciente (art. 2.3 LAP, art. 6.1 LAPCat) expresada a través del consentimiento informado[20]. Hay que propiciar el paso

mismo tiempo, para lograr una igualdad real, tiene que reconocer que no todos los seres humanos tienen las mismas necesidades» (p. 67).

[16] Puede consultarse la posibilidad de rechazar la medida de apoyo en GARCÍA RUBIO, *SP/DOCT 114070*, junio 2021, p. 3; la misma en AFDUAM, 25, 2021, p. 90.

[17] Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2022, de 19 de enero, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad, p. 12.

[18]RECOVER BALBOA, ARMESTO DE CAMPILLO, ET ALTRI, (ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES TUTELARES), «La aplicación de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) en relación al consentimiento informado de las personas con discapacidad intelectual con capacidad jurídica modificada», *Anales de Derecho y discapacidad,* núm. 1, septiembre 2016, p. 114.

Son significativos los principios de la *Mental Capacity Act* del Reino Unido de 2005: uno de ellos es que nadie se considerará incapaz de tomar una decisión salvo que se hayan dado sin éxito todos los pasos para ayudarle a tomarla [art. 1 (3)] y nadie será tratado como incapaz de decidir por el mero hecho de que haya tomado una decisión imprudente, poco sensata o desacertada. Lo que importa es la aptitud para tomar decisiones, no la decisión concreta adoptada, por lo que se rechaza el enfoque basado en el resultado. Sobre la legislación británica puede consultarse HERRING, *Medical Law and Ethics*, Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 89 ss.

[19] ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES TUTELARES, *Anales de Derecho y discapacidad*, p. 115.

[20] El art. 3 LAP define el consentimiento informado como «la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud».

de la participación de la persona con discapacidad en el procedimiento de autorización de dicho consentimiento «*en la medida de lo posible*»[21] a «*la participación activa*» de la misma.

El nuevo régimen de la discapacidad parte de la *participación activa* de la persona con discapacidad en todos los ámbitos de su vida. En este sentido, el art. 249.2 CC advierte que «*Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro*». Aunque el mismo precepto, como se verá, nos recuerda que en casos excepcionales las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas, señalando el modo de actuar en tales casos (el respeto a la trayectoria vital, art. 249.3 CC).

En todo caso, esta participación activa nos obliga a analizar su incidencia en dos derechos esenciales en el ámbito sanitario: el derecho de información y el derecho a consentir[22].

3.1. Derecho de información

Respecto al derecho de información, es el presupuesto del consentimiento y permite al paciente disponer de los elementos para poder decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles[23]. Se regula en el art. 5 LAP, en el art. 3 LAPCat y en el art. 212-1 CCCat:

> -Art. 5 LAP: «1. *El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. 2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal*».
>
> -El art. 3.2 LAPCat señala que «*en caso de incapacidad del paciente, éste debe ser informado en función de su grado de comprensión, sin perjuicio de tener que informar también a quien tenga su representación*». Y si a criterio del médico considera que el paciente «*no es competente para entender la información, porque se encuentra en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de su situación, debe de informarse también a los familiares o a las personas a él vinculadas*» (art. 3.3).

[21] El art. 6.3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (Instrumento de Ratificación BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999) establece que «cuando una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la Ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización».

[22] El consentimiento informado en el ámbito de la salud y la información como requisito esencial para la manifestación válida de aquél, han sido calificados por el TS como un derecho fundamental integrado en el derecho a la integridad física y moral (STS 3/2001, Civil, de 12 de enero 2001, ECLI:ES:TS:2001:74, STS 447/2001, Civil, de 11 de mayo 2001, ECLI:ES:TS:2001:3882).

[23] El paciente también tiene derecho a no ser informado, pero tiene un límite: el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad o de exigencias terapéuticas del caso. Por tanto, no prevalece el derecho a la no información en el caso de enfermedades contagiosas que el paciente debe saber para evitar la transmisión a terceros (art. 9.1 LAP).

-El art. 212-1.4 CCCat terminológicamente es más afín a la CNUDPD, pues señala que «*Si la persona se halla en un estado físico o psíquico que no le permite recibir la información o comprenderla, esta debe darse, de la forma establecida por la legislación para el ámbito sanitario, a la persona designada en el documento de voluntades anticipadas, al asistente legalmente designado, al representante legal, a la persona que tiene la guarda de hecho, a los familiares o a las personas que están vinculadas a ella, según proceda*» [24].

Todas estas normas necesitan una reforma y adaptación a los nuevos principios, pues incluso literalmente se refieren a la incapacidad o a la representación legal proscrita por la CNUDPD.

El derecho de información supone recabar datos y comprenderlos para adquirir la consciencia necesaria respecto a la situación médica. Lo que procede en estos casos, a la luz del nuevo paradigma, es que el paciente con discapacidad que no sea competente para asimilar el significado de dicha información pueda disponer de un apoyo o un asistente para que, siempre que sea posible, le haga accesible la información necesaria para poder prestar su consentimiento posterior, para el que tal vez precise también del apoyo pertinente.

Hay que realizar el máximo esfuerzo para informar a la persona con discapacidad con la ayuda de apoyos o asistencia, y con la de los ajustes que sean precisos para que el paciente pueda captar el significado de la información. Y sólo cuando la persona con discapacidad, como cualquier otra, no se halle en estado físico o psíquico pertinente para recibir la información, incluso con apoyos, se procederá a informar a las personas señaladas por las normas.

En Francia, como dato anecdótico, el Code de la santé publique, reformado por la ordonnance nº 2020-232 de 11 de marzo de 2020 perfila con más detalle el derecho a ser informado orientando sobre qué aspectos cabe informar y quién debe hacerlo[25].

---

[24] Este artículo complementa al art. 3 LAPCat al precisar la lista de personas designadas para recibir la información. Puede consultarse, VAQUER ALOY, *Dret civil. Part general i dret de la persona*, 3ª ed., Atelier, Barcelona, 2017, p. 247 o FARNÓS AMORÓS, *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya,* p. 145.

[25]En su art. L1111-2.1 afirma que «*Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Elle est également informée de la possibilité de recevoir, lorsque son état de santé le permet, notamment lorsqu'elle relève de soins palliatifs au sens de l'article L. 1110-10, les soins sous forme ambulatoire ou à domicile. Il est tenu compte de la volonté de la personne de bénéficier de l'une de ces formes de prise en charge. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver. Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser. Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel*» En su art. L1111-2.1 afirma que «*Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Elle est également informée de la possibilité de recevoir, lorsque son état de santé le permet, notamment lorsqu'elle relève de soins palliatifs au sens de l'article L. 1110-10, les soins sous forme ambulatoire ou à domicile. Il est tenu compte de la volonté de la personne de bénéficier de l'une de ces formes de prise en charge. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver. Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser. Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel*».

Para más información, BATTEUR/MAUGER-VIELPEAU, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés,* (11 ed.), LGDJ, Paris, 2021, p. 539, n. 1314. En el Código Civil y Comercial de Argentina, el art. 59 también detalla los aspectos sobre lo que debe informarse (más información en SORGI ROSENTHAL/PILDAYN, «Consentimiento

3.2. Derecho a consentir

En cuanto al consentimiento informado, se regula en el art. 212-2 CCCat, en los art. 6 ss. LAPCat o en el art. 3 LAP que lo define como «*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*» (art. 3)[26].

Respeto a las personas que deben consentir actualmente, tanto la normativa estatal como la catalana, señalan que puede ser emitido por la misma persona que se someterá al tratamiento o por representación o sustitución[27]. También esta materia debe adaptarse al nuevo paradigma de la discapacidad. Consideramos que los escenarios de la toma de decisiones en el ámbito sanitario por parte de una persona con discapacidad, con los nuevos principios, podrían ser dos, con distintos supuestos en cada uno de ellos:

a) Situaciones en que el consentimiento es emitido por el propio paciente con discapacidad en un momento presente o pasado

1- En un primer supuesto puede suceder que la decisión deba tomarla una persona con discapacidad que no necesita medidas de apoyo ni asistencia, ni para entender la información del facultativo ni para consentir. En estos casos él mismo puede otorgar el consentimiento informado, si fuera preciso y sin necesidad de ningún recurso adicional[28]. Confluyen el componente intelectivo (la persona comprende las implicaciones del tratamiento) y el

informado de las personas con discapacidad en tratamientos médicos», *El Derecho*, nº 14.497, 25.9.2018, pp. 726 ss. Y a nivel jurisprudencial la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2016, (caso I.V. vs. Bolivia), también detalla la información que debe prestarse al paciente en la p. 60, párrafo 189 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf.

Cabe recordar que en Argentina se regula la responsabilidad del facultativo en estos supuestos, y, así, en el art. 1720 de su CC se afirma que «sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles».

[26] Como señala TORRES COSTAS, «La vacunación contra el COVID-19 de personas mayores en centros de mayores: ¿Derecho o imposición? El consentimiento informado por representación. Primeras resoluciones judiciales», *Diario La Ley*, 11 febrero 2021, p. 13, «la persona puede decidir sobre el tratamiento médico que se le proporcione siempre que sea capaz de comprender plenamente las implicaciones del tratamiento propuesto, sus riesgos o posibles desventajas y las alternativas existentes», es lo que se conoce como «enfoque de la capacidad natural».

[27] En Cataluña se usa la expresión «consentimiento por sustitución» (212-2.4 CCCat), y en la LAP «consentimiento por representación» (art. 9). Como advierte SOLÉ RESINA, «Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y guarda de hecho», *La Ley Derecho de familia*, nº 31, Sección A Fondo, Tercer trimestre de 2021, p. 3 , aunque la nueva ley no lo explica, «las medidas de apoyo no formalizadas no otorgan, por sí mismas, la representación legal de la persona concernida, que solamente puede ser conferida mediante la formalización de un poder general o especial vía una medida voluntaria de apoyo, o por decisión judicial con una autorización judicial *ad hoc* (así se dispone para la guarda de hecho, art. 264 CC)».

[28] A veces no es necesario disponer de medidas de apoyo. Es el caso de la SAP Palma de Mallorca (sección nº 4), de 17 de enero de 2022 (ECLI:ES:APIB;2022:8). Se pretendía por el Ministerio Fiscal que se designaran medidas de apoyo para una persona con discapacidad física aguda, pero con unas facultades psíquicas plenas. La Audiencia consideró que «De lo actuado resulta que la apelante es una persona de edad avanzada y con una situación de salud precaria, con serias limitaciones por sus dificultades de movilidad y por la hipoacusia que padece. Ahora bien, ella es conocedora de su situación y se encuentra capacitada para solicitar las ayudas que precisa y que en la actualidad recibe para el desarrollo de su vida ordinaria, encontrándose en la actualidad correctamente atendida. Es por todo lo expuesto que no se considera justificada la adopción de medidas de apoyo dado que, como se indica en el artículo 249 antes trascrito, las medidas de origen judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Procede la estimación del recurso y la desestimación de la demanda».

componente volitivo (ausencia de presiones emocionales que le impidan adoptar una decisión razonable)[29].

Aunque no necesite medidas de apoyo o asistente en sentido estricto, el papel del médico es fundamental, pues debe informarle y explicar del modo que sea preciso, para que pueda entender los asuntos sanitarios que le afectan[30]. El médico se convierte en un apoyo informal[31].

2- Como segundo supuesto, es posible que la persona con discapacidad necesite una genuina medida de apoyo o asistencia para poder consentir[32]. En este sentido el art. 9.7 LAP, en una redacción ya muy avanzada[33], señala que «*El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento».*

En estos casos el facultativo le informará de acuerdo con sus posibilidades de comprensión y la medida de apoyo o asistencia realizará el esfuerzo necesario a la hora de explicar la situación a la persona con discapacidad. La medida de apoyo o el asistente deberán operar en función de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad procurando que dicha persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones informándole, ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias (arts. 249.2 CC y 226-1.4 y 226-4 CCCat)[34].

En estos casos quien presta el consentimiento es el propio paciente con discapacidad, no hay funciones representativas de ningún género[35].

---

[29] TORRES COSTAS, *Diario La Ley*, 11 febrero 2021, p. 14.

[30] Este papel fundamental del médico se advierte en «Decisionmaking Capacity and Voluntariness», en *The Ethical and Legal Implications of Informed Consent in the Patient-Practitioner Relationship*, Making Health Care Decisions, President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, Volume One: Report, US Gov. Printing Office, Washington, octubre 1983, p. 56: «The doctrine of informed consent is founded on the premise that self-determination ought not be blind».

[31] Ya afirmó que el médico podía considerarse una medida de apoyo, ELIZARI URTANSUN, «Adopción de decisiones en el ámbito clínico por pacientes con discapacidad intelectual, a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: autonomía, sistema de apoyos e interés superior de la persona con discapacidad», *Derecho privado y Constitución,* 30, enero/diciembre 2016, p. 353.

[32]MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote», en DE SALAS MURILLO/MAYOR DEL HOYO (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 263, considera que «el establecimiento de mecanismos permanentes de apoyo debe ser presididos por una evaluación formal de la capacidad natural realizada por una instancia independiente». Como expone RIBOT IGUALADA, *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución española*, p. 117, esta es una de las principales novedades de la reforma del Código civil austriaco.

[33] La DF 2ª de la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescenci*a, incorporó los apartados 6 y 7 al art. 9 LAP.

[34] Como se pone de manifiesto en *El reto ético de las enfermeras en el respeto a la voluntad de las personas al final de la vida: la planificación de voluntades*, Comissió deontológica. Col·legi Oficial d'Infermers de Barcelona, Barcelona, diciembre 2018, p. 4, es necesario reforzar la identificación y la comprensión de las necesidades de las personas, especialmente de aquellas que están en situación de vulnerabilidad y dependencia, cuando no pueden cuidar de sí mismas o no pueden expresarse.

[35]MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, p. 259, nota 22, afirma que «una capacidad que no afecte a la toma de decisiones sino solamente a la posibilidad de exteriorizar la decisión tomada (…), no precisaría de este tipo de medidas de

3- Según un tercer supuesto, puede existir una decisión de un paciente, tomada en un momento pasado en el que no tenía ninguna situación de discapacidad, pensada precisamente para un momento posterior en el que esa discapacidad sí había aparecido, a través, por ejemplo, de unas instrucciones previas. En realidad, los llamados poderes para el cuidado de la salud o «voluntades anticipadas» (art. 8 LAPCat), o también reconocidos como «instrucciones previas» en el art. 11 LAP, son medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, en este caso de carácter sectorial, porque afectan específicamente al ámbito de la salud, pero que pueden ser encajadas en ese grupo.

Además, es posible que la persona con discapacidad haya otorgado en escritura pública medidas de apoyo voluntarias o una asistencia relativas a su persona que puedan llegar a tener repercusión en el ámbito de la salud; en esta situación a ellas habrá que estar (arts. 255 CC, o 226-1 o 226-3 CCCat).

También es posible que haya establecido una autocuratela (arts. 271 ss. CC o 222-4 CCCat) con facultades expresas en este ámbito que, por las mismas razones, habrán de ser respetadas.

b) Situaciones en que el consentimiento lo emite otra persona (art. 9.3 LAP y 7.2 LAPCat)

Es posible que la persona con discapacidad no pueda de ninguna manera decidir por sí misma en el ámbito de la salud que estamos tratando, y ello a pesar de realizar un esfuerzo considerable a la hora de determinar sus deseos, voluntad y preferencias.

Aquí se nos plantean también diversos supuestos:

1.-En un primer supuesto, puede suceder que el paciente con discapacidad se encuentre en un estado físico o psíquico que no le permita hacerse cargo de su situación ni decidir y, además, no dispone de apoyos ni asistente que sirvan en esa toma de decisión.

Si la situación lo permite (no hay urgencia en la actividad médica), sería preciso saber si existe, por ejemplo, un poder preventivo u otras medidas voluntarias pertinentes en materia sanitaria. Si no las hay, habrá de acudirse a los apoyos informales que el paciente puede tener (guarda de hecho) y, en último término, promover el expediente de previsión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad de la LJV (un curador o defensor judicial, o asistente judicial o notarial).

---

apoyo, que se refieren precisamente al proceso interno de toma de decisiones, sino de otras, tendentes específicamente a posibilitar la exteriorización de dicha voluntad: esas podría incluir una representación no sustitutiva, sino que sea mero cauce de exteriorización de la voluntad correctamente formada (al modo del "nuncius")».

En cambio, GONZÁLEZ CARRASCO, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad». *Derecho Privado y Constitución,* 39, julio-diciembre 2021, p. 230: «en los casos en los que la persona a quien se ha provisto de apoyo representativo en materia de salud pueda acabar comprendiendo el alcance de la intervención y determinar su propia voluntad al respecto, el representante podrá y deberá seguir interviniendo para expresar su consentimiento en el ejercicio de los deberes de guarda y protección que le incumben en razón de su función, de forma conjunta con el consentimiento personal expresado por aquella». En sentido similar, JIMÉNEZ MUÑOZ, «Actuaciones sanitarias, consentimiento de la persona con discapacidad incapacitada y papel del guardador legal», *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, n. 744, 2014, p.1590. Creemos que, aunque exista una medida de apoyo o un asistente con funciones representativas, en los casos en que la persona con discapacidad comprenda el alcance de la intervención, solamente ella está legitimada para consentir. La representación es excepcional art. 249.3 CC o art. 226-4.3 CCCat.

Sin embargo, si la situación de urgencia lo exige, el consentimiento lo prestará la persona vinculada por razones familiares o de hecho (arts. 9.3.a) LAP y 212-2.2 CCCat)[36]. En todo caso, cabe la posibilidad de aplicar la cláusula del art. 9.2 LAP y 7.1 LAPCat, según la cual no se exige consentimiento informado si existe riesgo para la salud pública o un riesgo inmediato grave.

2- Como segundo supuesto, puede ser que el paciente con discapacidad no pueda consentir, pero cuente con medidas de apoyo o un asistente, los cuales, como regla general, en el nuevo sistema carecen de funciones representativas.

Según la LAP, consentirán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (art. 9.3.a), y deberán decidir «*atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente*» (art. 9.6 LAP)[37]. El art. 7.2.a) LAPCat y 212-2.2 CCCat se manifiestan de forma similar[38].

Leyendo estos preceptos a la luz de la Convención, deberíamos reinterpretarlos. Si el paciente no está en condiciones de decidir, las medidas de apoyo o asistente (que, como regla, no tiene funciones representativas) deberán atender a la voluntad, deseos y preferencias del paciente manifestadas en momentos precedentes de cualquier forma, y si no hay manifestaciones expresas, quien ejerce la medida de apoyo o asistente debe tener en cuenta la *trayectoria vital* de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, para tomar la decisión[39].

De este modo, el consentimiento se *construye* con los deseos voluntades, preferencias o trayectoria vital de la persona con discapacidad[40]. El apoyo o asistente es un intermediario entre el facultativo y el paciente con discapacidad. Un intermediario, eso sí, activo, pues debe aportar un consentimiento construido con deseos ajenos (los del paciente con discapacidad).

---

[36] El art. 9.3.a) LAP señala que el consentimiento lo prestará la persona vinculada por razones familiares o de hecho y, según el art. 212-2.2 CCCat (complementario del art. 7.2.a) LAPCat), el consentimiento lo prestará la persona designada en el documento de voluntades anticipadas, el asistente legalmente designado, el representante legal, el guardador de hecho, los familiares o personas a él vinculadas, según corresponda. En el caso expuesto correspondería a los familiares o personas vinculadas.

[37] TORRES COSTAS, *Diario La Ley*, 11 febrero 2021, p. 12, considera que el «mayor beneficio para la vida o salud del paciente» no debe equipararse al del «mejor o superior interés objetivo» del paciente, sino que debe de estar en consonancia con el principio de su «mejor interés subjetivo», es decir, en relación con lo que el propio paciente decida o hubiera decidido qué es mejor para él.

[38] Afirma el primer precepto que en estos casos «*el consentimiento debe obtenerse de los familiares de éste o de las personas a él vinculadas*». Aunque el art. 212-2 CCCat amplía las personas que pueden prestar el consentimiento por sustitución a «la persona designada en el documento de voluntades anticipadas, al representante legal, a la persona que tiene la guarda de hecho, a los familiares o a las personas que están vinculadas» (por remisión del 212-2.2 al 212-1-4 CCCat). En el caso que plantemos sólo estarían legitimados familiares o personas vinculadas, pues no existe asistente representativo ni, por supuesto, representante legal.

[39] En sentido similar GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, p. 802.

[40] A veces podrá resultar complejo determinar la voluntad o la trayectoria vital. En *El reto ético de las enfermeras en el respeto a la voluntad de las personas al final de la vida: la planificación de voluntades*, p. 4, se advierte que a menudo «el proceso del final de la vida está poco trabajado de manera anticipada y se desconoce la voluntad de la persona», por ello se defiende la importancia del documento de voluntades anticipadas y del plan de decisiones anticipadas. Y se añade que «esperar a encontrarse en un contexto de crisis, como puede ser la reagudización del problema clínico, para buscar la voluntad de la persona, es inadecuado por el agravamiento de la situación de vulnerabilidad». Por eso, es importante estar pendiente del momento adecuado en el que la persona pueda estar más predispuesta a expresar o dejar entender su voluntad. Esta es una labor muy importante que deben realizar las medidas de apoyo o asistente, como señala el art 249 CC.

La imposibilidad de construir los deseos ajenos, nos lleva al siguiente supuesto[41].

3-Como tercer supuesto, es posible que estemos ante un paciente con discapacidad que no está en condiciones de consentir, pero dispone de una medida de apoyo o un asistente con funciones representativas en cuestiones referentes a la salud y así consta en el título en el que se construyeron o acordaron[42].

Tanto la legislación catalana como la estatal señalan *cuándo* se atribuyen facultades representativas a la medida de apoyo o asistente:

-En el CC, esto sucederá, en primer término, si el propio interesado en documento ad hoc ha decidido otorgar esa función representativa, incluso sustitutiva, a un apoyo voluntario; de no ser así, siempre en casos excepcionales, el art. 249.3 CC señala que, en estos casos, las medidas de apoyo judicial podrán tener funciones representativas, lo que también sucederá por remisión con el apoyo informal según el art. 264 CC[43].

-El art. 226-4.3 CCCat señala que «*la autoridad judicial, en resolución motivada y sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona asistida, puede determinar los actos concretos en los que la persona que presta asistencia puede asumir la representación de la persona asistida*»[44].

Habrá que ver qué puede hacer la medida de apoyo y el asistente con funciones representativas en los supuestos en que sea necesario un consentimiento informado de sus representados. Para ello debe acudirse a la legislación especial: art. 9.3.b) LAP[45], art. 7.2.b) y c) LAPCat. Según estas

---

[41]En Irlanda, la sección 8(7)b (Guiding principles) de la Assisted Decision-Making (Capacity) Act de 30 diciembre de 2015, que entra en vigor en junio de 2022, considera que el «intervener» debe «give effect, in so far is practicable, to the past and present will and preferences of the rellevant person, *in so far as that will and those preferences are reasonably ascertainable*», por lo que, a veces, esa voluntad no podrá determinarse.

[42] Como señala PEREÑA VICENTE, «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», *Revista de Derecho Privado,* núm. 100 (4), julio-agosto 2016, p. 10, «tan contrario a la convención es abusar del sistema de representación como no recurrir al mismo cuando sea necesario». El carácter excepcional de la representación lo advierte ARROYO AMAYUELAS, «El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad», *Revista de Bioética y Derecho,* 45, 2019, p. 131, aportando como ejemplo de ello la nueva normativa austriaca de 1 de julio de 2018 (p. 132).

[43] SOLÉ RESINA, La Ley Derecho de familia, nº 31, Sección A Fondo, Tercer trimestre de 2021, p. 7, tras afirmar que la guarda de hecho no otorga por sí misma funciones representativas a la persona guardadora, aunque puede obtener la autorización para ello y necesitará autorización también para los actos enumerados en el art. 287 CC, critica que el precepto prescinda de la voluntad de la persona concernida, que se sustituye por la autorización judicial por el mero hecho de que existe una guarda de hecho.

[44] En la legislación catalana se introduce un juicio de valor por parte de la autoridad judicial. Debe determinar si realmente estamos ante una situación en la que sea «imprescindible» contar con un representante.

[45] La previsión del consentimiento de las personas que precisan apoyo se prevé en el art. 9.3 LAP, artículo que ha sufrido distintas reformas para ampliar o reducir la capacidad de los menores y mayores vulnerables y para introducir medidas de accesibilidad en la toma de decisiones en el ámbito de la salud (al respecto, GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual», *Aranzadi civil*, núm. 11, 2018, pp. 141 ss.).

Hasta la reforma de 2015 se mantuvo la referencia al «incapacitado legalmente» que era automática excluido del proceso de toma de decisión en el campo de la salud como una consecuencia refleja del proceso de incapacitación sin atender a la capacidad conservada. En 2015, a través de la DF 2º de la Ley 26/2015, de 28 de julio *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, se reformó el art. 9 LAP: se modifican los apartados 3, 4 y 5 y se añaden los apartados 6 y 7. Por primera vez, el legislador remitió a la sentencia de modificación de la capacidad, de suerte, que solo es admisible el consentimiento por representación cuando así lo determina la sentencia [art. 9.3.b) LAP]. Esta modificación fue muy significativa, pues en las redacciones previas se excluía por ley la actuación de los *incapacitados* en el ámbito médico.

normas, se otorgará el consentimiento por representación/sustitución[46] «*cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia»*[47] (art. 9.3.b LAP) o *«incapacidad legal»* [*a*rt.7.2.b) y c) LAPCat][48]. Problema: estos apartados, tanto de la ley estatal como de la catalana, deben considerarse derogados[49] y vacíos de contenido; ya que no existe el procedimiento de incapacitación. Ahora hay que entender que se otorgará el consentimiento informado por persona distinta del paciente sólo en los casos excepcionales en que el paciente necesite del apoyo o del asistente representativo en situaciones relativas a su salud y así conste en el título por el que aquél se constituya o acuerde; representación que será excepcional y por regla general no será sustitutiva, ya que esto último sólo sucederá en casos límite absolutamente extraordinarios[50].

En estos casos de prestación de consentimiento por parte de representante, la legislación estatal y catalana establecen una serie de requisitos que la medida de apoyo o el asistente representativo deben satisfacer. Entre ellos[51], destaca la siguiente:

---

[46] Los preceptos que analizamos aluden también al consentimiento por sustitución o representación de los menores de edad. Aunque no nos detenemos en el tema de los menores, cabe destacar el mayor tacto que tiene el legislador con los menores que con las personas con discapacidad, pues el derecho de audiencia a los menores siempre está presente [vid arts. 9 3.c) LAP o art. 7.2.d) LAPCat].

[47] El 9.3.b) LAP fue muy criticado por su generalidad, pues una persona puede encontrarse un muy diversas situaciones, por ejemplo, puede tener una capacidad natural suficiente para el acto, estar bajo una curatela no representativa, o bajo tutela solo para aspectos patrimoniales, etc. (PARRA LUCÁN, «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 2/2003, p. 21 ss; DOMIÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica, Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica,* Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 346 ss; GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho privado y Constitución*, 39, 2021, p. 229.

[48] Los apartados b) y c) del art. 7.2 LAPCat remiten a los arts. 219 y 255 del Código de familia, pero estos preceptos están derogados y la DF 4ª de la Llei 25/2010 del Llibre segon, señala que, desde la entrada en vigor de dicha ley, las remisiones que hace el 7.2 de la LAPCat deben entenderse referidas al art. 212-2 CCCat.

[49] De la misma opinión, GETE-ALONSO CALERO, «Consentimiento y autonomía de la persona menor discapacitada en el derecho a morir», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA/GARCÍA MAYO (dirs.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad,* 2ª ed., Bosch Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 267 o SOLÉ RESINA, «La esterilización no consentida de personas con discapacidad », Actualidad civil, n. 5, Sección Persona y Derechos/A Fondo, Mayo 2019, La Ley 6952/2019, p. 4, defiende que "sería suficiente con disponer que cuando se trata de una persona que -siendo o no discapacitada. Se encuentra en un estado que no le permite decidir, el consentimiento lo prestará una persona allegada".

[50] En la legislación catalana, el art. 226-4.3 CCCat faculta al juez («puede»), para determinar los actos concretos en que cabe la representación por parte del asistente, entre ellos, pues, podemos incluir la necesidad de otorgar el consentimiento informado. Si la resolución judicial nada establece, la persona con discapacidad puede consentir, a no ser que el médico responsable aplique la cláusula general dispuesta en el art. 212-2.2 CCCat que señala que «*Si la persona se halla en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de su situación ni decidir, el consentimiento debe obtenerse, de la forma establecida por la legislación para el ámbito sanitario, de las mismas personas que deben recibir la información a que se refiere el artículo 212-1.4*», es decir, el consentimiento se obtendrá de la persona designada en el documento de voluntades anticipadas, del asistente legalmente designado, del representante legal, de la persona que tiene la guarda de hecho, de los familiares o personas que están vinculadas. Esta es la regla general, a no ser que el título constitutivo o acuerdo de constitución del apoyo establezca una asistencia de salud, en cuyo caso se estará a lo allí dispuesto y sólo excepcionalmente cuando, atendida la situación en que se encuentra la persona, se atribuya la función de representación en cuestiones de salud, consentirá el asistente.

[51] Estas pautas, según el art. 9 LAP, son: el paciente *participará* en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario*;* el consentimiento del representante legal debe ser adecuado a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender siempre en favor del paciente y respetando su dignidad; si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar

-Según el art. 9.6 LAP, en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre «*al mayor beneficio para la vida o salud del paciente*».

-El art. 212-2.3 CCCat se expresa de forma similar al referirse al interés del propio interesado: «*el interesado, o las personas que suplen su capacidad, en interés del propio interesado…*»

Estas pautas descritas en las normas sectoriales han de ser interpretadas también a la luz de los principios que inspiran la Convención. La capacidad de decisión de la persona con discapacidad, sus deseos, voluntad y preferencias deberían tener mayor presencia en tales procesos decisorios.

Como nos enseña GARCIA RUBIO[52], cuando existe una medida de apoyo representativa no podemos hablar propiamente de *sustitución* de la voluntad del representado por parte del representante. En estas situaciones, parece producirse una *hipótesis intermedia*, (quizás una representación *sui generis)* en la que el titular del apoyo actúa como enlace o nexo de unión entre la persona con discapacidad y el destinatario de la declaración de voluntad, pero lo hace participando de modo activo no sólo en la interpretación de dicha declaración, sino incluso en su formación, en la medida en que tiene que realizar una auténtica labor de integración de la voluntad de la persona con discapacidad a la que representa. El representante no puede actuar según su propio criterio, sino que, en estos casos, el titular del apoyo debe comportarse como un asistente-transmisor de la voluntad de la persona con discapacidad. Y cuando esta voluntad no pueda ser concretada de otro modo (por ejemplo, porque la persona se halla en coma), el que presta el apoyo deberá reconstruirla tomando en cuenta la *trayectoria vital, las creencias y valores* de la persona con discapacidad[53]. Así pues, en estos casos de actuación representativa la declaración de voluntad es una *creación conjunta* de la persona con discapacidad y de la que le presta apoyo, que deberá tener presente en todo momento la voluntad deseos y preferencias de la persona representada y no su mejor interés[54].

Sin embargo, la autora reconoce que también hay que tener presente que hay casos límite o casos difíciles en los que parece inevitable que el apoyo sea *sustitutivo,* porque la persona con discapacidad ni puede formar su voluntad ni puede expresarla y, por añadidura, carece de trayectoria vital que pueda ser interpretada, por ejemplo, un enfermo con parálisis cerebral desde el nacimiento. En estos casos tan excepcionales la representación heterónoma o sustitutiva de la

por sí su consentimiento (ajustes razonables); aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad. De nuevo, la apelación a los intereses debe ser sustituida por el respeto a la voluntad del paciente.

[52] GARCÍA RUBIO, *AFDUAM*, 25, 2021, p. 97. En el mismo sentido, GARCÍA RUBIO/TORRES COSTAS, «Comentario al art. 249 CC», en GARCIA RUBIO/MORO ALMARAZ (dirs.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad,* Civitas Thomson Reuters, Cizur menor, 2022, p. 217.

[53] La Base 11ª de reforma del Código civil de Catalunya señala que nadie puede atribuirse la representación de una persona que necesite apoyo si no se lo ha conferido de forma expresa dicha persona. Añade que «*si la persona concernida no està en situació d'expressar la seva voluntat i no ha atorgat prèviament poder preventiu o no s'ha designat qui l'assisteix, els familiars o persones properes poden realitzar per compte d'aquella actes de mer tràmit i també actes d'escassa transcendència econòmica que no admetin demora. En aquest cas, són d'aplicació les normes generals sobre gestió d'afers aliens sense mandat*».

[54] VIVAS TESÓN, «Curatela y asistencia», en MUNAR BERNAT (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política,* Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y Sao Paulo, 2021, p. 285, considera que el representante tiene un cargo instrumental, pues es un intérprete de la voluntad, deseos y preferencias de la persona, sin suplantar su voluntad, aunque tenga funciones representativas. Debe tomar la decisión que la persona tomaría, lo que en algunas ocasiones será fácil y en otras no tanto.

voluntad del representado es la única solución viable para que estas personas no resulten totalmente expulsadas del ámbito jurídico[55], aunque hay que recordar que ni siquiera en este tipo de hipótesis el Comité admite la actuación por sustitución[56].

Para GONZÁLEZ CARRASCO[57] el consentimiento para un acto médico no puede ser un acto de representación en sentido estricto. Si el titular de la decisión a adoptar no puede hacerlo, la adoptan sus representantes, pero en este caso lo hacen como ejercicio de un deber de velar por la persona necesitada de dicha modalidad de apoyo. Sin embargo, parece que actualmente no puede atribuirse a las medidas de apoyo o asistente la función de *velar* por la persona con discapacidad, al no ser este un principio que defienda la CNUDPD. Además, el cambio terminológico ya da una pista de ello: se habla de «medidas de apoyo» no «medidas de protección»[58].

Y la duda que surge ahora es la siguiente: en estos casos límite o difíciles en los que no existe una trayectoria vital, ¿qué parámetros usará el representante para decidir? No queda otra solución que acudir *al mayor beneficio para la vida y salud del paciente*[59], pero sólo en estos casos

[55] Comparten el temor a la expulsión de estas personas del tráfico jurídico o su desprotección, entre otros, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», *Derecho privado y Constitución,* 23, 2009, p. 344; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en DE SALAS MURILLO (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas,* Dykinson, Madrid, 2013, pp 33 y 34; o ARROYO AMAYUELAS, *Revista de Bioética y Derecho,* 45, 2019, p. 143.

[56] El punto 21 de la Observación General nº 1 de 2014 del Comité de expertos de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad afirma: «Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por "la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias"».

[57] GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho privado y Constitución*, 39, 2021, pp. 227 y 228. Continúa señalando que el sentido del término «representación» en este ámbito adquiere un sentido no técnico, sino de apoyo y sustitución en la expresión de lo que hubiera sido la voluntad del paciente de haber estado en condiciones de prestarlo. Lo importante es que la persona con discapacidad determine su propia voluntad, si es preciso, después de un esfuerzo informativo considerable. En sentido similar, pero antes de la reforma, PARRA LUCÁN, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 2/2003, p. 22. Durante la regulación anterior, ha sido habitual entre la doctrina civilista entender el consentimiento por representación en el ámbito sanitario, no como una representación propiamente dicha sino como un deber derivado de la protección y tutela de los progenitores o tutores respecto a sus hijos menores o incapacitados. (por todos, SANTOS MORÓN, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, p. 34.

[58]Advierte este cambio terminológico PEREÑA VICENTE, «Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021 de 2 de junio», en PEREÑA VICENTE/HERAS HERNÁNDEZ, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 junio,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 158.

[59] PEREÑA VICENTE, *Revista de Derecho Privado,* núm. 4, julio-agosto 2016*,* p. 28, reconduce el tema del representante que actúa por la persona con discapacidad a la necesidad de que el representante tenga en cuenta el interés superior, que equivale al «beneficio del tutelado», que no es otra cosa, según la autora, que lo que para esa persona sea lo mejor, de acuerdo con sus valores, preferencias, estilo de vida, deseos y opciones vitales. En su trabajo «La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad», en PEREÑA VICENTE (dir,), *La voluntad de la persona protegida: oportunidades, riesgos y salvaguardias,* Dykinson, Madrid, 2018, p. 121, incide en la equivalencia entre el «beneficio de la persona protegida» y el «interés superior» (p. 123); considera que no es posible prescindir de la noción de interés superior y defiende la necesidad de buscar una interpretación integradora y en equilibrio entre la voluntad y el interés. Sobre la posibilidad de acudir a la noción del interés superior del menor, GUILARTE MARTÍN-CALERO, «La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta», en MAYOR DEL HOYO (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 507.

absolutamente excepcionales que no pueden servir de argumento para pervertir el sistema[60], pues con la actual regulación, el principio del «mejor o superior interés» solamente se dirige a los menores de edad, mientras que para las personas con discapacidad rige el principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias[61]. Por tanto, en estas situaciones límite debe decidirse con fundamento en la dignidad humana, con independencia de que se tenga o no una discapacidad[62].

Cuando el art. 9.6 LAP afirma que «*en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida y salud del paciente*», no debe entenderse que esta mención al «mayor beneficio» sea un criterio que seguir en todos los casos de actuación del representante, sino solamente cuando sea imposible construir la trayectoria vital de la persona con discapacidad.

Y si la decisión del representante es contraria a los beneficios o intereses del paciente con discapacidad (se entiende que es el facultativo el que observa por criterios objetivos dichos perjuicios), o si existen varios representantes o medidas de apoyo con criterios diversos, es cuando habrá que acudir al juez «*salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad*» (art. 9.6 *in fine* LAP).

---

[60]NILSSON, «¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial», *Commissioner for Human Rights*, Estrasburgo, 20 febrero 2020, p. 24, señala que, en estos casos, «tal vez debamos recurrir a la lógica del "interés superior" y poner todo nuestro empeño en averiguar aquello que la persona en cuestión nos habría transmitido si hubiéramos podido entenderla». Para ello es fundamental fomentar el diálogo para que con el tiempo podamos comprender mejor sus decisiones y preferencias; son imprescindibles las relaciones humanas para conseguirlo (QUINN, «Personhood & Legal Capacity Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD», Conferencia de HPOD, Harvard Law School, 20 de febrero de 2010).

[61] TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, p. 361 y notas 886 y 887, defendía la necesidad de suprimir el interés superior de la persona con discapacidad que aparecía en las primeras redacciones del Anteproyecto de ley. En esta línea, GARCÍA RUBIO, «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil,* 2018, vol. 5, nº 3, pp. 32 y 33, subraya que «la cuestión sobre si el mejor interés debe o no ser un principio de actuación en relación a las personas con discapacidad es un tema controvertido, en el que discrepan los intérpretes auténticos de la CDPD y los que manifiestan la opinión del Consejo de Europa y el TEDH; también lo hacen las recientes legislaciones que han abordado la reforma de la discapacidad, pues mientras algunas lo incluyen, otras prefieren no hacerlo. En este punto la opción del Anteproyecto de Ley se sitúa en la línea indicada por la ya citada Observación General n.º 1 del Comité de Expertos de la ONU de 2014, que coloca la voluntad, deseos y preferencias de la persona por encima de cualquier consideración relativa a su mejor interés. Este planteamiento de base se hace en la inteligencia de que, como regla general, es la persona con discapacidad y solo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su interés, incluso aunque se equivoque, pues las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás. Con esta convicción, y en coherencia con lo propuesto en la parte elaborada por la Sección Civil, parece conveniente suprimir algunas referencias al interés de la persona con discapacidad que todavía se contienen en algunos de los preceptos de la parte elaborada por la Sección Procesal, donde aún se alude al mentado interés de la persona con discapacidad como guía de actuación».

[62] PARRA LUCÁN, *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015, p. 121, comentando el art. 9 LAP afirma que «se mantiene el consentimiento por representación, que será posible cuando la persona carezca de todo juicio propio para decidir. Y entonces no solo en interés del paciente, también con respeto a su voluntad, lo que incluye el respeto a las opciones manifestadas con anterioridad, a su personalidad». En cambio, GONZALEZ CARRASCO, *Derecho privado y Constitución*, 39, 2021, pp. 234 y 235, afirma que «llegado el caso, la decisión judicial se decantará por la preservación de la salud de la persona con discapacidad intelectual sin más indagación en sus preferencias».

Otra cuestión distinta, es determinar si es posible que la medida de apoyo o el asistente tome una decisión contraria a la voluntad, deseos o preferencias de la persona con discapacidad por considerarse más beneficios para él. El tema es controvertido, y a ello se aludirá más adelante.

3.3. Criterios con base en los cuales debe decidir el representante o sustituto

En las situaciones expuestas en el anterior epígrafe hemos considerado supuestos en los que la persona con discapacidad puede tener una medida de apoyo o un asistente con funciones representativas, que incluso en el último de los casos descritos, puede llegar a ser sustitutiva, lo que será absolutamente excepcional. Pero determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad no es una tarea fácil[63]. Hemos visto que los designios de la persona discapacitada se manifiestan de dos formas, por ella misma o a través de un representante. Cuando es el representante el que debe emitir el consentimiento informado, observamos que su actuación o implicación no es la misma si conoce la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad que si la desconoce.

En función de lo señalado pueden distinguirse tres tipos de decisiones[64]:

a) Voluntad anticipada

La regla general es que la propia persona con discapacidad debe expresar ella misma sus deseos, voluntad y preferencias. Si no puede hacerlo, la medida de apoyo o el asistente tendrá una actuación más activa. El primer criterio que debe utilizarse a la hora de emitir el consentimiento informado por parte del representante de la persona con discapacidad es la voluntad, deseos y preferencias del paciente, manifestados por él mismo en un tiempo pasado. Se trata de la voluntad propia de la persona con discapacidad, que se habrá canalizado por diversas vías unas más intensas y seguras que otras: instrucciones previas, poderes, conversaciones, etc. El representante es un mero asistente-transmisor de la voluntad ajena. En algunas ocasiones estaremos ante una actuación conjunta de la persona con discapacidad y la medida de apoyo o asistente representativos. Lo que aflora o se expresa es la propia voluntad de la persona con discapacidad, pero, en la mayoría de las ocasiones, diferida en el tiempo y canalizada a través de otra persona.

[63]TORRES COSTAS, *Diario La Ley*, 11 febrero 2021, p. 14, señala que el sustituto puede actuar de tres modos diferentes: en primer lugar, según las propias valoraciones subjetivas, en segundo lugar «atendiendo a una ponderación objetiva de las opciones médicamente indicadas para la vida y la salud del paciente, en definitiva, sobre la base del mejor interés objetivo» y tercero «conforme a lo que el paciente hubiera decidido en el caso de poder formular su decisión».

[64]CANIMAS BRUGUÉ, «Decidir por otro a veces es necesario», en *Incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones unidas,* Cuadernos de la Fundación Grífols i Lucas, n. 39, 2016, pp.18 ss., se refiere a decisiones expresadas por la persona, decisiones presuntas de la persona y decisiones sustitutivas. La jurisprudencia también se ha hecho eco de esta clasificación: AJPI nº 6, Santiago de Compostela, 20 enero 2021, ECLI:ES:JPI:2021:1ª, apoyándose en la obra de DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Problemas del consentimiento informado "por representación"», *Cuadernos de Fundación Grifols i Lucas* (22), 22 julio 2010, p. 56, donde señala que cuando el representante debe actuar en beneficio del paciente, puede guiarse por tres criterios: conforme a sus valoraciones subjetivas (debe ser un criterio a descartar en el tema que analizamos); conforme a una ponderación objetiva de las opciones médicamente indicadas para la vida y salud del paciente (en la jurisprudencia anglosajona, se trata del criterio del «*best interest*» o interés superior del paciente); o conforme a lo que el paciente habría decidido en caso de poder formular la decisión (en la jurisprudencia anglosajona, criterio del «*substituted judgement*»). EL MISMO «Best interest vs Substituted judgment. Criterios para el consentimiento informado prestado por representante», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales,* vol. LXIV, 2011, p. 36 (en lo sucesivo solo se citará la primera obra).

b) Voluntad hipotética

Si no es posible conocer los deseos, la voluntad o preferencias de la persona con discapacidad, la actuación de la medida de apoyo o asistente se intensifica. Ya no estamos ante una actuación conjunta, sino que estamos ante una actuación individual del representante, pero fundamentada en los hipotéticos deseos de su representado, lo que implica tener presente la *ipsa voluntatem* de la persona con discapacidad. No estamos ante una sustitución en sentido estricto, pues el representante emite el consentimiento informado que el paciente hubiera expresado. Esta medida de apoyo o asistente deberá conocer bien los deseos y valores del paciente. No caben las valoraciones subjetivas del representante, sino que debe conocer su trayectoria vital y en función de ello deberá decidir conforme a lo que el paciente hubiera decidido en el caso de poder formular su decisión[65]. En estos supuestos la medida de apoyo o el asistente construyen la voluntad hipotética o posible de la persona con discapacidad[66]. Cuando se forma la voluntad hipotética el representante intenta reconstruir dicha voluntad de forma objetiva en base a datos como la religión, filosofía vital, valores, opinión, juicios sobre situaciones parecidas, etc. de la persona con discapacidad[67]. El art. 226-2.2 CCCat es más preciso al determinar cómo se construye la trayectoria vital que el art. 249.3 CC, pues enumera unas pautas para ello al señalar que «*la designación de la persona que presta la asistencia se tiene que basar en la mejor interpretación de la voluntad de la persona concernida y de sus preferencias, de acuerdo con su trayectoria vital, sus manifestaciones previas de voluntad en contextos similares, la información con la que cuenta las personas de confianza y cualquier otra consideración pertinente para el caso*». Es un método de toma de decisiones que trata de buscar la elección que la persona con discapacidad hubiera hecho si tuviera la capacidad para ello[68].

---

[65]GARCÍA RUBIO/TORRES COSTAS, «Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXXV, fasc. 1, enero-marzo 2022, pp. 283, 311 y 312, señalan que «la persona prestadora de apoyo debe realizar, en primer lugar, un esfuerzo considerable para intentar comprender la voluntad atendiendo a lo que la persona apoyada, de un modo u otro, pueda manifestar por sí misma; en segundo lugar, de no ser posible, deberá auxiliarse de cuántas ayudas precise para averiguar esa voluntad y, por último, si aun así no pudiera concluir cuál es la verdadera voluntad de la persona con discapacidad, la prestadora de apoyos deberá realizar un auténtico ejercicio de reconstrucción de la voluntad atendiendo a la trayectoria de vida, valores, creencias, etc., de la auxiliada; además, una vez realizado, emitirá la decisión que, a su juicio, hubiese tomado la persona que ha requerido el apoyo, incluso aunque esta sea contraria a la opinión de la auxiliar y al propio interés superior objetivo de la persona con discapacidad, criterio este que, insistimos, debe ser expulsado como guía a seguir en la prestación de apoyos a las personas adultas». En sentido similar, SOLÉ RESINA, La Ley Derecho de familia, nº 31, Sección A Fondo, Tercer trimestre de 2021, p. 10, manifiesta que reconocer la capacidad de la persona sin condiciones ni límites tal como hace la CNUDPD implica que «no se puede adoptar ninguna medida de apoyo al margen de la voluntad de la persona a la que se ha de aplicar, ni fundamentada en su mejor interés».

[66]DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Cuadernos de Fundación Grifols i Lucas* (22), 22 julio 2010, p. 58-59.

[67]MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, p. 267. PEREÑA VICENTE, *La voluntad de la persona protegida: oportunidades, riesgos y salvaguardias*, p. 140.; en su trabajo en *Revista de Derecho Privado,* núm. 4, julio-agosto 2016, p. 26, incide en esta idea al afirmar que «incluso en aquellos supuestos en los que sea necesario adoptar una medida que implique representación, la decisión que realiza la persona que ejerce la medida ha de basarse en la voluntad, las preferencias y los valores de la persona protegida».

[68] Como señala JOYCE, «Best interest. Guidance on determining the best interest of adults who lack the capacity to make a decision (or decisions) for themselves», *The British Psychological Society*, Leicester, 2007, p. 7, « It is a method of decision-making used more commonly in the US then in the UK». La autora cita el polémico caso de Joseph Saikewicz. Se trataba de una persona con discapacidad de aprendizaje profundo de 67 años cuyo tutor recomendó que no fuera sometido a quimioterapia. El tutor decidió en función del miedo y dolor que sufriría Saikewicz; miedo y dolor que querría evitar si pudiera decidir por sí mismo. El Tribunal Supremo de Justicia de Massachussets ratificó esta decisión el 9 de julio de 1976 (aunque su opinión no se promulgó hasta el 28 de

Pero en los supuestos de reconstrucción de voluntad o voluntad hipotética, la línea divisoria entre las propias decisiones de la persona con discapacidad (que habrá que reconstruir) y las decisiones de quien asume una función representativa, es muy frágil. En estos casos en los que debe construirse la voluntad hipotética a través de la trayectoria vital de la persona, existe el peligro de que se generen abusos por parte de la medida de apoyo o del asistente, o que estos actúen con desidia o desinterés o por pura comodidad, sin realizar el «esfuerzo considerable» al que alude el art. 249.3 CC[69]. Estas actitudes, será preciso evitarlas a través de las salvaguardas que sean necesarias[70]. Hay que reconducir el tema al mal ejercicio de sus funciones y posible causa de remoción (arts. 278, 297 CC; 226-6 CCCat).

En la *Mental Capacity Act* de 2005, para evitar estos abusos se considera que los deseos y preferencias de la persona son sólo un factor a tener en cuenta al construir la trayectoria vital, siendo el marco general el del interés superior. Se señala que, en la medida que pueda comprobarse de una forma razonable, debe tomarse en consideración los deseos y sentimientos pasados y presentes de la persona con discapacidad, especialmente, los manifestados en una declaración escrita realizada en un momento pasado en el que podía tomar la decisión, las creencias y valores que podrían influir en su decisión si tuviera capacidad, y los otros factores que posiblemente tendría en consideración si pudiera hacerlo [Section, 4(6)]. Sería especialmente útil que la medida de apoyo o asistente construyera la voluntad hipotética teniendo en cuenta los consejos o puntos de vista de personas titulares de poderes, de personas encargadas de su cuidado o de personas simplemente interesadas en su bienestar, como se advierte en *Section*, 4(7). Sería aconsejable que en el Código civil existiera una guía similar la del CCCat o a la *Mental Capacity Act* de 2005 en la que se definiera y aclarara cómo construir las voluntades hipotéticas.

Otra cuestión distinta a la anterior es determinar si es posible que la medida de apoyo o el asistente con funciones representativas pueden tomar una decisión contra los deseos, voluntades o preferencias de la persona con discapacidad. La legislación catalana resuelve esta cuestión admitiéndolo, aunque con carácter muy excepcionalmente y pautado. En el art. 226-2.3 CCCat, en sede de designación judicial del asistente señala que «*Excepcionalmente, mediante una resolución motivada, se puede prescindir de lo que ha manifestado la persona afectada cuando se acrediten circunstancias graves desconocidas por ella o cuando, en caso de nombrar a la persona que ella ha indicado, se encuentre en una situación de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida*» (en sentido similar art. 226-3.5 CCCat, para el caso de designación notarial por la propia persona)[71]. Se refiere a dos casos muy puntuales: cuando se acrediten circunstancias graves que

---

noviembre de 1977). Sin embargo, la persona afectada jamás pudo manifestar en vida sus deseos y preferencias por su enfermedad.

[69] La propia jurisprudencia es consciente de ellos, pues la SAP Ourense (Sección nº 1), de 22 noviembre 2021 (ECLI:ES:APOU:2021:711A), advierte que construir la voluntad del paciente en atención a sus creencias, valores, ideología, etc. es un «criterio que ha de tomarse con la debida cautela por las dificultades de la prueba testifical y la posibilidad de cambio de criterio sobrevenido que no se hubiera expresado ante testigos».

[70] Sobre estas posibles actuaciones de las medidas de apoyo, puede consultarse PEREÑA VICENTE, *Revista de Derecho Privado,* núm. 4, julio-agosto 2016, pp. 22 ss., principalmente.

[71] La cuestión, como advertíamos anteriormente, es muy polémica. RIBOT IGUALADA, *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución española,* 2021, p. 116, considera que «*hi pot haver casos extrems en qué un risc immediat per a la vida i la integritat física d'una persona justifica no tenir en compte la seva oposició a les mesures. En casos així la doctrina especialitzada explica que s'escau treure la persona de la situació de perill greu en qué e stroba, encara que sigui contra la seva voluntad, per tal de prendre les mesures perquè pugui comunicar millor quina és la seva voluntat i preferències*». Y a partir de ahí el autor distingue la instauración de «*suports en contra de la voluntat de la persona amb discapacitat, contrària a la Convenció, de la previsió de suports al marge de la voluntad permesa i fins i tot requerids per la propia Convenció. En aquest darrer cas, els suports sí que es poden instaurar, perquè no consta l'oposició i perquè la inacció de la persona la sitúa en una posición de risc*», aunque insiste en la necesidad de hacer partícipe a la persona con discapacidad si es posible. Y más adelante (p. 125), entiende que la imposición judicial de la activación de medidas de apoyo restrictivas de la capacidad de obrar de la persona, a pesar de su

la persona con discapacidad no conocía al expresar sus deseos, voluntad y preferencias, o cuando la medida de apoyo elegida por la persona con discapacidad genere una situación de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida. Son circunstancias *ex post* al nombramiento del asistente, que distorsionan el escenario dentro del cual formó la voluntad la persona con discapacidad y, además, puede generarle un perjuicio. El Código civil no tiene un precepto equivalente (sólo se señala en el art. 250.7 CC que «*Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida*»), pero como veremos posteriormente, la jurisprudencia del TS ya ha cubierto dicha laguna.

c) El mayor beneficio para la vida y salud del paciente

Finalmente, en los casos muy excepcionales en los que no resulta posible acudir a los dos criterios mencionados (ni a la voluntad propia ni a la posible construcción de la voluntad hipotética por falta de datos), en esos casos calificados de difíciles, es cuando se produce una sustitución de la voluntad[72]. Estamos ante una situación en la que se han agotado o no han sido posibles aplicar los criterios anteriores. En estos casos habrá que intentar determinar *el mayor beneficio del paciente* (que se considera sinónimo de «interés superior»)[73], mediante un juicio intersubjetivo de los profesionales que lo cuidan y se enfrentan a dicha situación y la medida de apoyo o el

oposición, puede ser considerada como una fórmula de salvaguarda. Pero insiste en la necesidad de que sea en supuestos muy excepcionales y como último recurso.

En una línea similar, DE VERDA Y BEAMONTE, «Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad», *Diario la Ley*, nº 10021, 3 marzo 2022, p. 26 afirma que «es claro que cuando una persona tenga afectada su capacidad para formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le impida tomar conciencia del estado en que se halla y comprender que necesita la ayuda que rechaza, será posible, en su interés, adoptar decisiones que contraríen sus deseos. En definitiva, será necesario acudir a un parámetro objetivo, que obviamente, no estará basado en la «voluntad, deseos y preferencias de la persona» con discapacidad. Ahora bien, a estos efectos (...) sería más conveniente invocar el principio constitucional, de alcance general, de dignidad de la persona». Antes de la reforma, entre otros, defendía la primacía del beneficio objetivo sobre la preferencia o voluntad del paciente, si existía colisión entre ellos, CANIMAS BRUGUÉ, *Incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones unidas*, p. 24: o ELIZARI URTANSUN, *Derecho privado y Constitución,* 30, enero/diciembre 2016, p.359.

[72] Aunque como bien señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, p. 264 y nota 30, en estos casos no hay sustitución de una decisión por otra, sino que se trata de *suplir* la ausencia de voluntad, añadiendo que «es equivoco hablar de decisiones sustitutivas, expresión que parece connotar que la voluntad de la persona con discapacidad psíquica es sustituida por la voluntad de su representante, cuando la realidad en muchos casos es que la primera voluntad es inexistente o insuficiente, y la segunda lo que hace es suplir esas deficiencias».

[73]Consideran que hay que acudir al interés superior, por ejemplo, PAU PEDRÓN, «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, p. 9; AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad: reflexiones a la vista del anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, ed. Reus, Madrid, 2019, p. 40; CUADRADO PÉREZ, «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, nº 777, 2020, p. 41; LÓPEZ SAN LUIS, «El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *InDret,* 2.2020, p. 127; DE SALAS MURILLO, «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Critica de Derecho Inmobiliario,* nº 780, 2020, p. 2234; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 36*;* TORAL LARA, «Las medidas de apoyo voluntarias en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código civil», en LLAMAS POMBO/MARTÍNEZ RODRIGUEZ/TORAL LARA, *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 90-91 y 115; PEREÑA VICENTE, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 junio*, p. 168, especialmente.

asistente[74]. TORRES COSTAS, sin mencionar en ningún momento el «interés superior», considera que son situaciones excepcionales en las que habrá que atender al criterio objetivo de atención a la salud, vida y bienestar de la persona con discapacidad, según criterios médicos socialmente consensuados[75]; el *best course of action*[76].

La jurisprudencia menor también ha hecho referencia al tema en los autos AJPI nº 6, Santiago de Compostela, 19 enero 2021, ECLI:ES:JPI:2021:21A y AJPI nº 6, Santiago de Compostela, 20 enero 2021, ECLI:ES:JPI:2021:1A se advierte que «se trata de un criterio objetivo que, en ausencia de manifestación de voluntad específica documentada del paciente y de una fiable reconstrucción de su voluntad hipotética, opta porque la decisión a adoptar debe ser la más respetuosa con el mayor beneficio para la salud, la vida y el bienestar según criterios objetivados médico y socialmente consensuados. Se trata del criterio más objetivable y por eso menos controvertido porque busca el mayor beneficio para el paciente según tales parámetros atendiendo a los criterios de la "lex artis" y que la doctrina estima consolidado en el citado artículo 9.3 de la ley al señalar este "el consentimiento por sustitución se otorgue siempre en favor del paciente"».

Pero esto no nos debe hacer olvidar que el principio esencial es el respeto a los deseos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, que ha desplazado el principio del «interés superior de la persona con discapacidad», incluso en los casos de la construcción de la voluntad hipotética. Solo en los casos puntuales y excepcionales en que sea imposible determinar los deseos, voluntades y preferencias es cuando habrá que acudirse al mejor beneficio para la vida y salud de la persona (que se asimila al mejor interés).

El «mejor interés» es un criterio que en otros ordenamientos adquiere el carácter de principio fundamental[77]. Es el caso de la *Mental Capacity Act* 2005 Del Reino Unido, regulado especialmente en la *Section* 4. El *best interest* sólo entra en juego cuando se ha confirmado que la persona carece de capacidad y necesita que alguien decida o actúe en su lugar. El legislador no define el *best interest*, pues podría significar una carga excesiva para quien haya de tomar la decisión e incluso podría fomentar intervenciones innecesarias, y en su lugar ha establecido una serie de factores comunes (conocido como *statutory checklist*) para determinarlo, sin orden jerárquico y concediendo libertad para considerar las condiciones relevantes de cada caso y adaptarlas a cada circunstancia. Este juicio de ponderación exige flexibilidad, pero con ciertas limitaciones que señala la propia norma, como el rechazo a juzgar con base en prejuicios, ideas preconcebidas o la apariencia (para determinar cuál es el mejor interés no puede tenerse en cuenta según la Section, 4 (1): «(*a)the person's age or appearance, or (b)a condition of his, or an aspect of his behaviour, which might lead others to make unjustified assumptions about what might be in his best interests*»), siendo necesario tener en cuenta todas las circunstancias relevantes. Además, el principio del *best interest* obliga a fomentar la participación de la persona con discapacidad y mejorar la aptitud para su participación. En este sentido, se impone la obligación de considerar

[74] TORRES COSTAS, *Diario La Ley*, 11 febrero 2021, p. 15. De forma similar, «El respecte a la voluntat de la persona amb transtorn mental i/o adicció: documento de voluntats anticipades y planificacio de decicions anticipades», nota 36.

[75] TORRES COSTAS, *Diario La Ley*, 11 febrero 2021, p. 15.

[76] JOYCE, *The British Psychological Society*, Leicester, 2007, p. 7, considera que el *best interest* es un concepto más objetivo que la *substituted judgement* (voluntad hipotética).

[77] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, p. 268, defiende incluir el principio de interés superior de la persona con discapacidad como criterio rector de la actuación del curador representativo y ello «no solo en los casos de radical ausencia de voluntad de la persona con discapacidad, sino también en aquéllos otros en los que la discapacidad psíquica compromete la capacidad de conocer y querer de una persona, de manera que no es capaz de entender el alcance y consecuencias de sus propias decisiones», sosteniendo, incluso, la posibilidad de ir contra la voluntad de la propia persona con discapacidad, sin necesidad de que esto suceda con carácter excepcional.

siempre los deseos, sentimientos, creencias y valores de la persona, en especial si existe algún documento escrito elaborado cuando tenía capacidad[78]. La Ley inglesa se completa con el *Code of Practice*, una guía para la interpretación y aplicación del texto legal y elemento de desarrollo[79].

Otro de los ordenamientos que no prescinde del interés superior de las personas con discapacidad es el *Code civil* francés, cuyo art 415.2 manifiesta: «*Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre*», o también en el art. 427.2, reformado por ley 2019-222, de 23 de marzo 2019. También el *BGB* recoge este criterio en el §1901b: *«(1) Der behandelnde Arzt prüft, welche ärztliche Maßnahme im Hinblick auf den Gesamtzustand und die Prognose des Patienten indiziert ist. Er und der Betreuer erörtern diese Maßnahme unter Berücksichtigung des Patientenwillens als Grundlage für die nach § 1901a zu treffende Entscheidung*».

En el ordenamiento jurídico español, parece excluirse, en términos generales, cualquier consideración al interés superior de la persona con discapacidad, y claro ejemplo de ello es el art. 749.1 LEC, que, si bien antes de la reforma de la Ley 8/2021 aludía al «interés superior de la persona afectada», ahora señala que «*El Ministerio Fiscal velará a lo largo de todo el procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos, así como por el interés superior del menor*». Ahora bien, en el art. 60.3 LJV, sí que se alude al interés superior del menor y de la persona con discapacidad, cuando, a propósito de la obtención de autorización judicial del consentimiento a las intromisiones legítimas en el ámbito de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se señala que: «*El Juez dictará resolución al término de la comparecencia o, si la complejidad del asunto lo justificare, dentro de los cinco días siguientes, en atención al interés superior del menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica*»[80].

4. ¿Qué sucede en la práctica jurisprudencial?

La ley es muy reciente para ver el camino que siguen los tribunales en el supuesto en que sea necesario prestar un consentimiento informado por parte de una persona con discapacidad. Donde más incidencias ha habido es en los supuestos de vacunación contra el Covid-19, especialmente ante la negativa de los representantes de las personas mayores a consentir la vacunación por desconfiar de la misma. Se ha considerado que, en estos casos, no vacunar vulneraría el derecho a la salud de los demás residentes concernidos, incluido el derecho a la vida del representado y demás convivientes del centro. Las sentencias han resuelto en el sentido de que el derecho a la salud del residente debe prevalecer sobre la voluntad de no vacunar de sus representantes, por lo que autorizaban la vacunación[81]. No centraremos nuestra atención en

[78] Vid ÁLVAREZ LATA/SEOANE, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Derecho privado y Constitución,* núm. 34, enero-diciembre 2010, p. 56.

[79] *Mental Capacity Act 2005 Code of practice*, United Kingdom for The Stationery Office, Birminghan, 2007, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/921428/Mental-capacity-act-code-of-practice.pdf

[80] Este precepto no se modificó en la Ley 8/2021, por lo que parece más un olvido que el deseo de mantener el interés superior. Si observamos el art. 94.6 CC se distingue el interés superior del menor de los deseos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad; «La autoridad judicial resolverá teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos o preferencias del mayor con discapacidad», pero la necesidad de tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad, se introdujo en el Proyecto de 2020, pues el Anteproyecto 2018 solo hacía referencia al interés superior del menor.

[81] A título de ejemplo, la SAP Ourense (Sección nº 1), de 22 noviembre de 2021 (ECLI:ES:APOU:2021:711A), en un caso de oposición de la tutora a firmar el consentimiento para vacunar contra el Covid 19 a su representada

estos peculiares y específicos casos dentro de un contexto de pandemia en los que la excepcionalidad de la situación obligó a tomar decisiones también excepcionales de forma sumaria[82]. Fuera de estos casos, sí se han pronunciado algunas sentencias relativas a la discapacidad y al ámbito de la salud. Al respecto, podemos exponer lo siguiente:

a)- Antes de la Ley 8/2021, el TS ya tuvo ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre el tema de la autonomía del paciente concernido interpretando el consentimiento informado a la luz de la CNUDPD. Estas sentencias defienden que, en todo caso, el representante debe adoptar la decisión «*atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, en los términos del art. 9.6 de la misma Ley*». STS 298/2017, Civil, de 16 mayo (ECLI:ES:TS:2017:1901) y STS 597/2017, Civil, de 18 noviembre (ECLI:ES:TS:2017:3923).

El «mayor beneficio para la vida o salud del paciente» se convierte en parámetro esencial y principal en la toma de decisiones en los supuestos en que no puede existir consentimiento por parte de la persona con discapacidad, pero en las sentencias de esos años no se presta especial atención a la voluntad, deseos y preferencias, aunque esto no significa que el TS no los tuviera en cuenta al resolver asuntos relativos a su ámbito personal[83].

b)- Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el TS se ha pronunciado en diversas ocasiones aplicando la nueva normativa. La sentencia más interesante en nuestro ámbito es la STS 589/2021, Civil (Pleno), de 8 septiembre (ECLI:ES:TS;2021:3276), en la que se promueve una demanda por el Ministerio Fiscal tras la denuncia de unos vecinos de un edificio contra otro aquejado del síndrome de Diógenes. El TS debe decidir si la nueva ley permite o no imponer una medida de apoyo a quien, aun necesitándolo en virtud de su situación de discapacidad, no la quiere. Se falla a favor de una curatela asistencial, entre otras cosas, para asegurar la efectiva atención médico asistencial de la persona con discapacidad en lo que respecta al trastorno que padece y todo cuanto guarde directa relación con él.

Por tanto, el TS impone un tratamiento médico contra los deseos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, apartándose por completo de la interpretación del Comité a la CNUDPD. Considera el TS que la voluntad contraria del interesado a tener un apoyo es consecuencia del propio trastorno que lleva asociada la falta de conciencia de la propia enfermedad, lo cual justifica, en opinión del Alto Tribunal, que dicha voluntad no sea tenida en

enferma de Alzheimer, indaga la voluntad de la residente que no se ha podido determinar. Recoge los criterios que puede seguir el representante cuando no existe documentación sobre la voluntad del paciente, como era el caso; señala que deben rechazarse las valoraciones subjetivas del representante, y debe seguirse la voluntad expresada por la persona con discapacidad, o la que hubiera tomado según sus creencias, valores..., o realizar una ponderación prioritaria del mayor bienestar y la salud y la vida del paciente, en base a consideraciones objetivables. La Audiencia considera que la decisión de oponerse a la vacuna puede tomarla el paciente, pero no el sustituto o representante y decide autorizar la vacunación por ser la única medida medico sanitaria eficaz para la protección de la vida de la persona mayor y del resto de residentes.

[82] Entre otros, puede consultarse TORRES COSTAS, *Diario La Ley*, 11 febrero 2021.

[83] Puede consultarse el trabajo y las sentencias ahí recogidas de PARRA LUCÁN, «Hacia una reforma del régimen de la discapacidad: la doctrina del Tribunal Supremo y la Convención de Nueva York», en GETE-ALONSO CALERA (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad,* Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paolo, 2020, pp. 119 ss. También CORVO LÓPEZ, «La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre previsión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8, 2021, pp 1 ss., o BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista Jurídica del Notariado,* nº 113, julio-diciembre 2021, pp. 19 ss., analiza las SSTS desde 2009 señalando que la jurisprudencia ha sido respetuosa con la CNUDPD «preocupada por una protección real de las personas discapacitadas, respetuosa con la idea de limitar su capacidad de obrar lo menos posible y de atender lo más posible a sus preferencias y necesidades concretas».

cuenta. Según la sentencia, no intervenir en estos casos por respeto a los deseos de la persona sería una «crueldad social» y supondría «abandonar a su desgracia» a la persona con discapacidad.

La sentencia es consciente de la oposición de la persona con discapacidad a disponer de una medida de apoyo, pero se plantea si es posible establecer una medida de apoyo a pesar de dicha oposición. Ya advertíamos en apartados anteriores que la legislación catalana permite excepcionalmente prescindir de lo manifestado por la persona afectada «*cuando se acrediten circunstancias graves desconocidas por ella o cuando, en caso de nombrar a la persona que ella ha indicado, se encuentre en una situación de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida*» (arts 226-2-3 y 226-3.5 CCCat). El Código civil no tiene un precepto equivalente y ha sido la jurisprudencia del TS la que inmediatamente ha cubierto la laguna admitiendo dicha posibilidad, entre otros argumentos, realizando una interpretación semántica del verbo «atender» los deseos, voluntad y preferencia de la persona con discapacidad, interpretándolo como «tener en cuenta o consideración».

La STS, deliberadamente, en ningún momento alude al «interés superior de la persona con discapacidad» ni al «mayor beneficio», y, sin embargo, no ha seguido los deseos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. La sentencia ha dividido a la doctrina y, en general, a los profesionales del derecho[84].

GARCÍA RUBIO/TORRES COSTAS, muy contrarias a la sentencia, alegan que «lo que subyacía en realidad en este asunto no era un problema de capacidad jurídica, sino de una más probable situación de marginalidad y posible necesidad de asistencia social de un individuo cuyo comportamiento molestaba o afectaba negativamente a sus convecinos, esto es, causaba un serio problema de relación con los demás»; en otras palabras «la verdadera razón para iniciar en su día el citado procedimiento no estaba en la necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica que tenía el protagonista del caso, sino en los problemas de convivencia con sus vecinos o, en su caso, en la obligación impuesta al Estado social de asistir a quienes viven en un mundo de marginalidad y exclusión social». A juicio de las autoras, la solución del problema debería haber pasado por «la intervención de la autoridad pública encargada de cubrir estas necesidades sociales, lo que con bastante seguridad, implicaría la intervención del Principado de Asturias a

[84] Crítica con la sentencia es GARCIA RUBIO, «Las primeras decisiones del Tribunal Supremo en aplicación de la reforma de la discapacidad. Coda sobre las discrepancias en la exégesis de dos convenios internacionales de derechos humanos», en *La reforma del Código civil tras la Ley 8/2021, Revista Jurídica del Notariado, Colección de Monografías* (en prensa). En la misma línea GARCÍA RUBIO /TORRES COSTAS, *Anuario de Derecho civil*, en prensa, p. 28, donde señalan que imponer una medida coercitiva como es la de asegurar la efectiva atención médico-asistencial de la persona en lo que respecta al trastorno que padece «le despoja de su derecho a decidir en la espera personal, concretamente en el ámbito de la salud; se confunde así coerción con cuidados y bienestar con control», también se critica por TORAL LARA, *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, pp. 92 y 93.

Defienden la sentencia, entre otros, SEGARRA CRESPO/ALÍA ROBLES, «Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela, a partir de la sentencia del Pleno de la Sala 1ª TS de 8 de septiembre de 2021», *Actualidad Civil*, *Sección Persona y Derecho/A fondo*, *Sección Persona y Derecho/A fondo* nº 10, 10 octubre 2021; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, «Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021. Comentario a la STS de 8 de septiembre (RJ 2021, 4002)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* 118, enero-abril 2022, pp. 324 ss, Y con algunas observaciones, CARRASCO PERERA, «Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 978, 2021, pp. 1 ss.; PEREÑA VICENTE, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 junio*, 2022, p. 170, que considera que el TS aplica el interés superior de mod implícito; SANCHO GARGALLO, «El juez en el nuevo sistema de apoyos», en PEREÑA VICENTE/HERAS HERNÁNDEZ, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 junio,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 66.

través del órgano competente en esta materia; este organismo público tendría que luchar, desde esta perspectiva, con la eventual negativa del interesado a través de medios de naturaleza pública (sanciones, actuaciones de oficio en el domicilio previa autorización judicial de entrada, por ejemplo); podría valorarse también la necesidad de adoptar medidas de asistencia social a una persona en situación de marginalidad de naturaleza no coercitivas como centros de apoyo entre pares, salas sin medicación, comunidades de recuperación y modelos de desarrollo comunitario»[85].

Inspirándonos en el art. L1111-4 del *Code de la santé publique*, sugerimos que, quizás en estos casos extremos, deberían respetarse los deseos de la persona con discapacidad después de informarle de las consecuencias de su elección y de su gravedad. Pero si su rechazo o la interrupción del tratamiento pusiera en peligro su vida, debería exigírsele que retirara su decisión en un plazo razonable[86]. Ahora bien, si sus decisiones repercutieran negativamente o generasen problemas a terceras personas (como en el caso del enfermo de Diógenes), habría que tomar las medidas oportunas para poner fin a estas consecuencias inaceptables.

c)- Las sentencias de las audiencias provinciales posteriores a la Ley 8/2021, siguen la línea del TS marcada en la sentencia mencionada anteriormente.

Se han dictado sentencias en las que la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad se priorizan con la ayuda de una medida de apoyo de carácter asistencial y que excluyen, en la medida de lo posible, las medidas de apoyo representativas por considerarse innecesarias y excepcionales en el caso. Se observa que el juez hace un esfuerzo en respetar los designios de la persona con discapacidad en el ámbito sanitario, pero hay que reconocer que acaban acudiendo al mayor beneficio.

Es el caso de la SAP Pontevedra (sede Vigo), (sección 6ª), de 17 septiembre de 2021 (ECLI:ES:APPO:2021:1941): en la que se observa una sensibilidad especial hacia la persona con discapacidad. Se trata de una persona que padece una enfermedad psíquica de carácter persistente. Es lento de pensamiento, pero conoce a su psiquiatra, la medicación que toma, se maneja con el dinero, etc. Sin embargo, tiene una conciencia parcial de su enfermedad y necesita asistencia en múltiples facetas. Vive en una pensión sufragada por él mismo y come cada día en casa de su madre a quien paga la comida con sus propios ingresos. Manifiesta una férrea defensa de su libertad tanto económica como de elección del lugar de residencia. La madre no puede atenderle pues es tutora de otro hijo con problema psíquicos. La Audiencia decide constituir una curatela asistencial a favor de una Fundación tutelar sin facultades representativas en el ámbito médico (para asistirle en aspectos como los ingresos hospitalarios, seguimiento de

[85] GARCÍA RUBIO /TORRES COSTAS, *Anuario de Derecho civil*, en prensa, pp. 28 y 29. O GARCIA RUBIO, *Revista jurídica del Notariado, Colección de Monografías* (en prensa), pp. 23 y 24. Se apoyan en A/HRC/37/56, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, de conformidad con las resoluciones 26/20 y 35/6 del Consejo, 2017. Disponible en: https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/37/56, párr. 32; A/HRC/35/21, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 2017. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/076/09/PDF/G1707609.pdf?OpenElement; párr. 29; y A/HRC/44/48, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/094/48/PDF/G2009448.pdf?OpenElement, párr. 51 ss. TORAL LARA, *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, p. 93 defiende que el conflicto de la sentencia podría haberse resuelto a través del art. 7 de la Ley 49/1960 de Propiedad Horizontal.

[86] Los dos primeros incisos del art. L1111-4.3 del Code de la santé publique prescriben que «*Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité. Si, par sa volonté de refuser ou d'interrompre tout traitement, la personne met sa vie en danger, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable*».

tratamiento…). Hay que advertir que él mismo se muestra a favor de tener esta asistencia. Y se nombra a la madre como guardadora de hecho para el seguimiento alimenticio. La audiencia considera que no es necesaria la representación ni la gestión de su patrimonio. Es un claro ejemplo de respeto a la voluntad y deseos de la persona con discapacidad, pero también es cierto que el grado de discapacidad de la persona lo permite. La sentencia recoge una argumentación que vemos repetida en múltiples sentencias (como ejemplo, SAP Cádiz (Sección 5ª), de 27 octubre 2021, ECLI:ES:APCA:2021:2247):

> «Efectivamente en relación con su persona y tratamiento médico, nos parece esencial que, a fin de mantener su actual estatus, se controle la asistencia las revisiones de su salud mental que precise, y se tome razón de su medicación por si fuese necesario en la evolución de ésta, proveer al apoyo de su toma efectiva. Ello, naturalmente, sin perjuicio de la aplicación cuando proceda de lo dispuesto en el art. 9.2.b) y en el art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente. El primero legitima a los facultativos para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. Conforme al segundo, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o, de hecho. En todo caso, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, en los términos del art. 9.6 de la misma Ley, la esfera de autonomía e independencia individual que presente la persona afectada en orden a la articulación y desarrollo de la forma de apoyo que se declare pertinente para la adopción o toma de decisiones».

En la misma Audiencia, meses más tarde, ese respeto a la voluntad, deseos y preferencias se va reduciendo. Así, en la SAP Pontevedra, (sección nº 3), de 21 marzo 2022 (ECLI:ES:APPO:2022:469), el respeto a la voluntad deseos y preferencias se centra, específicamente, en la elección de la medida de apoyo. Es el caso de una persona con un retraso mental moderado, que tenía una incapacitación total y se procede a determinar una medida de apoyo conforme al nuevo régimen. Se establece «un régimen consensuado de medidas de apoyo, con la que se mostró conforme expresamente la apelante cuando fue preguntada al respecto, lo que resulta de gran relevancia, ya que para prestar el apoyo ha de actuarse atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que ha de ser apoyada». A raíz de ello se nombra a su hermano como curador no representativo. Sin embargo, al determinar la actuación del curador no representativo en el ámbito personal, señala que se ceñirá, entre otros aspectos, «a la prestación del consentimiento en los tratamientos médicos en los términos previstos en la Ley de Autonomía del Paciente, permitiendo a la persona que preste el apoyo el acceso al expediente sanitario, así como en los casos que sea necesario de todos los aspectos comprendidos en el consentimiento informado, y en aquellos casos en los que pudiera surgir un conflicto entre el criterio de los facultativos y la de Marí Juana [*la persona con discapacidad*]». Llama la atención que la prestación del consentimiento informado se atribuya directamente al curador *no representativo*, sin aludir en ningún momento a la necesidad de tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad[87].

[87]En la misma audiencia, la SAP Pontevedra (sección, nº 3), de 18 de marzo de 2022 (ECLI:ES:APPO:2022:468), aprueba como medida de apoyo una curatela representativa para una persona que padece una patología psíquica crónica que le impide conocer con plenitud y ser consciente de su enfermedad y repercusión, en los ámbitos personal, sanitario y patrimonial. Las medidas que se acuerdan «alcanzan a la supervisión y apoyo en la vida

Otra sentencia significativa, especialmente por aplicar la nueva regulación del asistente en Cataluña, es la SAP Barcelona, (sección nº 18), de 15 septiembre 2021 (ECLI:ES:APB:2021:9511). Se refiere a una mujer que sufre esquizofrenia y es drogodependiente; se prostituye para conseguir dinero y mantiene una relación destructiva con su madre. Puede desarrollar las actividades básicas de la vida diaria, pero no administra bien sus ingresos, ni se desenvuelve bien en las gestiones administrativas o de salud. Fue incapacitada parcialmente sólo en el ámbito de la salud, constando como tutora una fundación. La fundación tutora pone de manifiesto las dificultades para aplicar un tratamiento a la persona con discapacidad ante la negativa de esta de usar los recursos de desintoxicación. La Fundación pide que se amplíe la incapacitación a los aspectos patrimoniales para evitar consumo de tóxicos. En cambio, ella no quiere vivir en la Fundación sino con su madre y también quiere que se nombre tutora a su madre para la esfera patrimonial. La Audiencia mantiene la medida de apoyo en el ámbito personal y patrimonial a favor de una fundación tutelar, no de su madre.

La SAP Barcelona respeta en algunos aspectos los deseos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad (quiere asistencia médica y patrimonial), pero establece otra medida de apoyo distinta de la deseada y amparándose en la STS de una semana antes afirma que «si una postura reacia y negacionista de las personas con discapacidad afecta a la dignidad de la persona o alguno de sus derechos fundamentales, cabe la posibilidad de establecer de oficio una medida de apoyo»[88]. Aquí se está aplicando el «mayor beneficio», incluso contra la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

En sentido similar los AJPI nº 6, Santiago de Compostela, 19 enero 2021, ECLI:ES:JPI:2021:21A o AJPI nº 6, Santiago de Compostela, 20 enero 2021, ECLI:ES:JPI:2021:1A, al referirse al mejor interés del paciente afirman que «Según este criterio mientras un paciente puede adoptar decisiones contrarias a la indicación médica que afecta al mismo (artículo 21 de la Ley) el sustituto o representante legal no tiene semejante margen de decisión. Una vez acreditada y objetivada cual sea la opción más respetuosa con el mayor beneficio para la salud la vida y el bienestar del paciente -en cada caso concreto y respecto a una especifica decisión médica- el

personal de D. Laureano, seguimiento y asistencia de su forma de vida y sanidad, pudiendo acceder y tomar conocimiento de su historial médico y tratamientos, prestando consentimiento informado en aquellos casos en que se precise en caso de conflicto o disparidad de opiniones, acudiendo al Juzgado en términos del Art. 287 CC». El hecho de que será el curador quien prestará el consentimiento informado «en caso de conflicto o disparidad de opiniones», nos hace suponer que la persona con discapacidad es la que, con carácter general, decidirá y sólo en los casos controvertidos actuará el curador.

[88] En un sentido similar, la SAP Murcia (Sección nº 4), de 8 octubre de 2021, ECLI:ES:APMU:2021:2429, en un caso sobre un hombre con esquizofrenia paranoide, que fue declarado plenamente incapaz en 2013 y recapacitado en 2015. En la actualidad vuelve a presentar síntomas de su enfermedad, y se interesa que sea declarada su incapacitación y se designe tutora a la Fundación Murciana para la Tutela y Defensa Judicial de Adultos. El demandado se opone, señalando su estabilidad en la enfermedad que padece, que está debidamente atendida y controlada. Se dicta sentencia en primera instancia declarando la incapacidad parcial del demandado, precisando supervisión en todo lo relativo al tratamiento médico y farmacológico, así como para administrar sus bienes, y, ante la falta de apoyo familiar, se nombra tutora a la fundación, que es autorizada a solicitar los internamientos necesarios. En apelación, la Audiencia establece una curatela asistencial a favor de la fundación, pero exclusivamente para apoyar a la persona con discapacidad en la aplicación de su tratamiento médico y sin poder decisorio para su internamiento en institución sanitaria. Afirma: «Sobre las medidas de apoyo, el juez no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de esa voluntad manifestada por el afectado. En los casos que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, y la salvaguarda de su propia salud, (padece de una enfermedad psiquiátrica, esquizofrenia paranoide) justifica la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado ante los repetidos episodios de descompensación, pues cuando no está controlada la administración de medicamentos, se descompensa, con un grave deterioro de su estando mental y de los cuidados de sus propia persona y entorno».

denominado superior interés del paciente menor o carente de capacidad para prestar consentimiento vincula a su sustituto o representante legal y por ello, de considerarse su opción contraria a tal interés superior, procede someter la decisión al criterio judicial. Pues bien la ponderación prioritaria del mayor bienestar y la salud y vida del paciente parece atenderse por el legislador estatal al establecer en el artículo 9.3 de la citada Ley que la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente , si bien el mismo es modulado por el apartado 7º "La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal"».

d)- La cláusula del «mayor beneficio», que no carece de equivalentes en derecho comparado[89], la encontramos también en la Instrucción 1/2022, de 19 enero, de la Fiscalía General del Estado, *sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad*[90]. Según la instrucción, entre los presupuestos que han de concurrir en la aplicación de contenciones, se exige la concurrencia del consentimiento informado de los arts. 8 y 9 LAP. La Instrucción señala que, sin perjuicio de tener en cuenta lo que la persona hubiera llegado a decidir de acuerdo con su trayectoria vital, sistema de creencias y valores, en el sistema sanitario se encuentra subsistente el criterio del mayor beneficio para la vida o la salud del paciente en virtud de esta remisión expresa al consentimiento en el ámbito de la salud.

A mi juicio la Instrucción debería haber sido más contundente y clara. Debería haber remarcado la primacía del derecho a decidir del paciente con discapacidad (respetando sus deseos, voluntades y preferencias), y afirmar que sólo excepcionalmente y en casos extremos cabe la posibilidad de acudir al *«mayor beneficio para la vida y persona de la persona»*, pues parece poner al mismo nivel «la voluntad, deseos y preferencias» y «el mayor beneficio». En todo caso, lo que pretende la Instrucción es rescatar el criterio interpretativo del «mayor beneficio» para, si fuera necesario, aplicarlo en el ámbito sanitario.

El respeto a la autonomía del paciente debe ser prioritario y fundamental[91]. El recurso al «mayor beneficio», tiene que ser subsidiario para que esta cláusula entre en juego sólo en supuestos en los que al interesado le sea imposible tomar una decisión o en los que la invocación de este principio resulte imprescindible por las circunstancias de la persona asistida (como afirma la normativa catalana). Únicamente en esos casos excepcionales debería poder acudirse al «mayor beneficio para la vida o la salud del paciente».

Por más que la necesidad de tener en cuenta los deseos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, parece haber calado por completo en la doctrina y la jurisprudencia, se advierte que, en este tema, el eje del debate se ha empezado a desplazar hacia los límites con los que puede topar dicho respecto a los designios de la persona con discapacidad. En este sentido, es ya perceptible que, si bien no existe ningún propósito de restringir la autonomía del paciente, ésta

[89]En Alemania, en donde se apela al bienestar del paciente ("*Wohl des Betreuten*"), esta materia se reformó a través de la *Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme*, de 18 febrero de 2013 (publicada el 25 de febrero). El § 1906a *BGB* crea una base legal para el consentimiento del asistente en la aplicación de medidas médicas coercitivas contra el propio interesado, que no haya prestado su consentimiento.

[90] Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-2221

[91] Como señala RIBOT IGUALADA, *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución española,* 2021, p. 105, «Partint de la condició irrenunciable de persona, amb tots els atributs que se'n deriven, el que cal es potenciar la seva autonomía en el disseny dels suports i treballar perquè pugui exercir-la en condicions de seguretat i de máxima eficàcia».

puede, en ciertos supuestos, acabar viéndose «condicionada» en consideración al «mayor beneficio o interés de la persona con discapacidad».

5. Bibliografía y jurisprudencia

ALONSO PÉREZ, Mariano, «La autonomía privada y su expresión fundamental, el negocio jurídico», en RAMS ALBESA, Joaquín (dir.), *Tratado de Derecho civil II: normas civiles y derecho subjetivo,* Iustel, Madrid, 2014, pp. 239 ss.

ÁLVAREZ LATA, Natalia, y SEOANE, José Antonio, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Derecho privado y Constitución,* núm. 34, enero-diciembre 2010, pp. 11 ss.

ALVAREZ LATA, Natalia «Comentario al art. 287 CC», en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código civil*, 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, Cristina de, *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad: reflexiones a la vista del anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, ed. Reus, Madrid, 2019.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, «El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad», *Revista de Bioética y Derecho,* 45, 2019, pp. 127 ss.

BATTEUR, Annick/MAUGER-VIELPEAU, Laurence, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés,* (11ª ed.), LGDJ, Paris, 2021.

BAYOD LOPEZ, Mª del Carmen, «Eutanasia: requisitos y capacidad», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo/GARCÍA MAYO, Manuel (dirs.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosch Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 237 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista Jurídica del Notariado,* nº 113, julio-diciembre 2021, pp. 15 ss.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, «Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021. Comentario a la STS de 8 de septiembre (RJ 2021, 4002)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* 118, enero abril 2022, pp. 315 ss.

CANIMAS BRUGUÉ, Joan, «Decidir por otro a veces es necesario», en *Incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones unidas,* Cuadernos de la Fundación Grífols i Lucas, n. 39, 2016, pp. 14 ss.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 978, 2021, pp. 1 ss.

CUADRADO PÉREZ, Carlos, «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad», *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, nº 777, 2020, pp. 13 ss.

CORVO LÓPEZ, Felisa María, «La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre previsión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8, 2021, pp. 1 ss.

DE SALAS MURILLO, Sofía, «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Critica de Derecho Inmobiliario,* nº 780, 2020, pp. 2227 ss.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad», *Diario la Ley*, nº 10021, 3 marzo 2022, pp. 1 ss.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica, Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica,* Lex Nova, Valladolid, 2007.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «Problemas del consentimiento informado "por representación"», *Cuadernos de Fundación Grifols i Lucas* (22), 22 julio 2010, pp. 37 ss.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «Best interest vs Substituted judgment. Criterios para el consentimiento informado prestado por representante», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales,* vol. LXIV, 2011, pp. 31 ss.

ELIZARI URTANSUN, Leyre, «Adopción de decisiones en el ámbito clínico por pacientes con discapacidad intelectual, a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: autonomía, sistema de apoyos e interés superior de la persona con discapacidad», *Derecho privado y Constitución,* 30, enero/diciembre 2016, pp. 337 ss.

FARNÓS AMORÓS, Esther, «Comentari art. 212-1 CCCat», en EGEA I FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep (dirs.), *Comentari al llibre segon del codi civil de Catalunya. La persona física i les instituciones de protección de la persona*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 139 ss.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana, *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

GARCÍA RUBIO, Mª Paz, «La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 diciembre de 2006», en GARCÍA GOLDAR, Mónica/AMMERMEN YEBRA, Julia (dirs.), *Proposta de modernización do Dereito*, editores Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2017, p. 12.

GARCÍA RUBIO, Mª Paz, «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil,* 2018, vol. 5, nº 3, pp. 29 ss.

GARCÍA RUBIO, Mª Paz, «La reforma de la discapacidad en el Código civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 25, 2021, pp. 7 ss.

GARCÍA RUBIO, Mª Paz, «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», Artículo monográfico, *SP/DOCT/114070*, junio 2021, pp. 1 ss.

GARCÍA RUBIO, Mª PAZ, «La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles», en LLAMAS

POMBO/MARTÍNEZ RODRIGUEZ/TORAL LARA, *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 49 ss.

GARCÍA RUBIO, Mª Paz/TORRES COSTAS, Eugenia, «Comentario al art. 249 CC», en GARCIA RUBIO, Mª Paz/MORO ALMARAZ, Mª Jesús (dirs.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad,* Civitas Thomson Reuters, Cizur menor, 2022, pp. 208 ss.

GARCIA RUBIO, Mª Paz «Las primeras decisiones del Tribunal Supremo en aplicación de la reforma de la discapacidad. Coda sobre las discrepancias en la exégesis de dos convenios internacionales de derechos humanos», en *La reforma del Código civil tras la Ley 8/2021, Revista jurídica del Notariado, Colección de Monografías* (en prensa; prestado por la autora).

GARCÍA RUBIO, Mª PAZ/TORRES COSTAS, Eugenia «Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXXV, fasc. 1, enero-marzo 2022, pp. 279 ss.

GETE-ALONSO CALERO, Mª del Carmen, «Consentimiento y autonomía de la persona menor discapacitada en el derecho a morir», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo/GARCÍA MAYO, Manuel (dirs.) *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad,* 2ª ed, Bosch, Wolters Klumer, Madrid, 2021, pp. 259 ss.

GONZÁLEZ CARRASCO, Mª del Carmen, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad». *Derecho Privado y Constitución,* 39, julio-diciembre 2021, pp. 213 ss.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta», en MAYOR DEL HOYO, Mª Victoria (dir), *El nuevo régimen jurídico del menor,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 485 ss.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual», *Aranzadi civil*, núm. 11, 2018, pp. 1 ss.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «Comentario al art. 287 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad,* Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 787 ss.

HERRING, Jonathan, *Medical Law and Ethics*, Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 89 ss.

JOYCE, Theresa*, Best interest. Guidance on determining the best interest of adults who lack the capacity to make a decision (or decisions) for themselves*, The British Psychological Society, Leicester, 2007, p. 1 ss.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, «Actuaciones sanitarias, consentimiento de la persona con discapacidad incapacitada y papel del guardador legal», *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, n. 744, 2014, p.1585 ss.

KUHN, Thomas Samuel, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 1962.

LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, «El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», *InDret,* 2.2020, pp. 111 ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, «El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en DE SALAS MURILLO, Sofía (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 11 ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote», en DE SALAS MURILLO, Sofía/MAYOR DEL HOYO, Mª Victoria (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 253 ss.

MUNAR BERNAT, Pedro, «Comentario al art. 287 CC», en GARCÍA RUBIO, Mª Paz/MORO ALMARAZ, Mª Jesús (dirs.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad,* Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, pp. 433 ss.

NILSSON, Anna «¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial», *Commissioner for Human Rights*, Estrasburgo, 20 febrero 2020, pp. 1 ss.

PALLARÉS NEILA, Javier, «El ejercicio de la nueva curatela», en PEREÑA VICENTE, Montserrat/HERAS HERNÁNDEZ, Mª del Mar (dirs.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 junio,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 257 ss.

PARRA LUCÁN, Mª Ángeles, «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 2/2003, pp. 1 ss.

PARRA LUCÁN, Mª Ángeles, *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015.

PARRA LUCÁN, Mª Ángeles, «Hacia una reforma del régimen de la discapacidad: la doctrina del Tribunal Supremo y la Convención de Nueva York», en GETE-ALONSO CALERA, Mª del Carmen (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad,* Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paolo, 2020, pp. 119 ss.

PAU PEDRÓN, Antonio, «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, p. 5 ss.

PEREÑA VICENTE, Montserrat, «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», *Revista de Derecho Privado,* núm. 100 (4), julio-agosto 2016, pp. 3 ss.

PEREÑA VICENTE, Montserrat, «La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad», en PEREÑA VICENTE, Montserrat (dir.), *La voluntad de la persona protegida: oportunidades, riesgos y salvaguardias,* Dykinson, Madrid, 2018, pp. 119 ss.

PEREÑA VICENTE, Montserrat, «Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021 de 2 de junio», en PEREÑA VICENTE, Montserrat/HERAS HERNÁNDEZ, Mª del Mar (dirs.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 junio,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 155 ss.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Mª Carmen, «La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», *Derecho privado y Constitución,* 23, 2009, pp. 335 ss.

QUINN, Gerhard, «Personhood & Legal Capacity Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD», Conferencia de HPOD, Harvard Law School, 20 de febrero de 2010.

RECOVER BALBOA, TORCUATO, ARMESTO DE CAMPILLO, RAFAEL, ET ALTRI (ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES TUTELARES), «La aplicación de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) en relación al consentimiento informado de las personas con discapacidad intelectual con capacidad jurídica modificada», *Anales de Derecho y discapacidad,* núm. 1, septiembre 2016, pp. 109 ss.

RIBOT IGUALADA, Jordi, «Las bases de la reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica», en GETE-ALONSO CALERO, Mª del Carmen (dir), *Jornadas sobre el nuevo modelo de capacidad*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 63 ss.

RIBOT IGUALADA, Jordi, «Discapacitat i capacitat jurídica: vers un nou model institucional basat en el suport en la presa de decisions», en SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (coord.), *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución española,* Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 99 ss.

SANCHO GARGALLO, Ignacio, «El juez en el nuevo sistema de apoyos», en PEREÑA VICENTE, Montserrat/HERAS HERNÁNDEZ, Mª del Mar (dirs.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 junio,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 61 ss.

SANTOS MORÓN, Mª José, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000.

SEGARRA CRESPO, Mª José/ALÍA ROBLES, Avelina, «Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela, a partir de la sentencia del Pleno de la Sala 1ª TS de 8 de septiembre de 2021», *Actualidad Civil*, *Sección Persona y Derecho/A fondo*, *Sección Persona y Derecho/A fondo* nº 10, 10 octubre 2021, pp. 1 ss.

SOLÉ FELIU, JOSEP, «Derecho a la salud, responsabilidad civil biomédico-sanitaria y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humano», en SOLÉ RESINA (coord..), *Persona, familia y género, Liber amicorum a Mª Del Carmen Gete-Alonso y calera,* Atelier, Barcelona, 2022, pp. 135 ss.

SOLÉ RESINA, Judith, «La esterilización no consentida de personas con discapacidad», Actualidad civil, n. 5, Sección Persona y Derechos/A Fondo, Mayo 2019, La Ley 6952/2019, pp. 1 ss.

SOLÉ RESINA, Judith, «Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y guarda de hecho», La Ley Derecho de familia, nº 31, Sección A Fondo, Tercer trimestre de 2021, pp. 1 ss.

SORGI ROSENTHAL, Marina M./PILDAYN, Nicolás, «Consentimiento informado de las personas con discapacidad en tratamientos médicos», *El Derecho*, nº 14.497, 25.9.2018, pp. 726 ss.

TORAL LARA, Estrella, «Las medidas de apoyo voluntarias en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código civil», en LLAMAS POMBO, Eugenio/MARTÍNEZ RODRIGUEZ, Nieves/TORAL LARA, Estrella (dirs.), *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 79 ss.

TORRES COSTAS, Eugenia, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

TORRES COSTAS, Eugenia, «La vacunación contra el COVID-19 de personas mayores en centros de mayores: ¿Derecho o imposición? El consentimiento informado por representación. Primeras resoluciones judiciales», *Diario La Ley*, 11 febrero 2021, pp. 1 ss.

VALLS I XUFRÉ, Josep Mª, «Convergencias y divergencias de la reforma del ejercicio de la capacidad jurídica en Derecho común y catalán», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo /GARCÍA MAYO, Manuel (dirs.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosch Walters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 169 ss.

VAQUER ALOY, Antoni, *Dret civil. Part general i dret de la persona*, 3ª ed, Atelier, Barcelona, 2017.

VIVAS TESÓN, Inmaculada, «Curatela y asistencia», en MUNAR BERNAT, Pedro (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política,* Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y Sao Paulo, 2021, pp. 277 ss.

Otras fuentes

-«Decisionmaking Capacity and Voluntariness», en *The Ethical and Legal Implications of Informed Consent in the Patient-Practitioner Relationship*, Making Health Care Decisions, President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, Volume One: Report, US Gov. Printing Office, Washington, octubre 1983, pp. 55 ss. Disponible en: https://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/559354/making_health_care_decisions.pdf

-«El respecte a la voluntat de la persona amb transtorn mental i/o adicció: documento de voluntats anticipades y planificacio de decicions anticipades», Comité de Bioètica de Catalunya, desembre 2017

-*El reto ético de las enfermeras en el respeto a la voluntad de las personas al final de la vida: la planificación de voluntades*, Comissió deontológica. Col·legi Oficial d'Infermers de Barcelona, Barcelona, diciembre 2018, pp. 1 ss.

-Instrucción 1/2022, de 19 enero, de la Fiscalía General del Estado, *sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros*

residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-2221

-*Mental Capacity Act 2005 Code of practice*, United Kingdom for The Stationery Office, Birminghan, 2007. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/921428/Mental-capacity-act-code-of-practice.pdf

-Observación General nº 1 (2014) del Comité de expertos de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Índice de sentencias

STS 589/2021, Civil (Pleno), de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS;2021:3276)

STS 269/2021, Civil, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2021:1894)

STS 458/2018, Civil, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2805)

STS 597/2017, Civil, de 18 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:3923)

STS 552/2017, Civil, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3535)

STS 298/2017, Civil, de 16 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1901)

STS 282/2009, Civil, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2009:2362)

STS 447/2001, Civil, de 11 de mayo (ECLI:ES:TS:2001:3882)

STS 3/2001, Civil, de 12 de enero (ECLI:ES:TS:2001:74)

SAP Pontevedra, (sección nº 3), de 21 de marzo de 2022 (ECLI:ES:APPO:2022:469)

SAP Pontevedra (sección, nº 3), de 18 de marzo de 2022 (ECLI:ES:APPO:2022:468)

SAP Palma de Mallorca (sección nº 4), de 17 de enero de 2022 (ECLI:ES:APIB;2022:8)

SAP Ourense (Sección nº 1), de 22 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:APOU:2021:711A)

SAP Cádiz (Sección 5ª), de 27 de octubre de 2021 (ECLI:ES:APCA:2021:2247)

SAP Murcia (Sección nº 4), de 8 de octubre de 2021 (ECLI:ES:APMU:2021:2429)

SAP Santander de 23 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:APS:2021:1083)

SAP Pontevedra (sede Vigo), (sección 6ª), de 17 de septiembre 2021 (ECLI:ES:APPO:2021:1941)

SAP Barcelona, (sección nº 18), de 15 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:9511)

AJPI nº 6, Santiago de Compostela, de 20 de enero de 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:1A)

AJPI nº 6, Santiago de Compostela, de 19 de enero de 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:21A)

InDret

3.2022

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles
Universidad Complutense de Madrid

Borja Almodóvar Puig
ICAI-ICADE

-

La desobjetivización de la responsabilidad civil *ex delicto*: los programas de cumplimiento

Sumario

-

La tesis que el presente trabajo mantiene es: como quiera que los programas de cumplimiento sirven para lo más —la exoneración penal de la sociedad mercantil— y sirven porque mantienen a la sociedad fuera del riesgo jurídicamente desaprobado, deben servir para lo menos —la exoneración de la sociedad frente a una acusación como responsable civil subsidiaria—, puesto que un resultado dañoso que no es imputable objetivamente, ni lo es para el Derecho penal, ni tampoco lo puede ser para el Derecho Civil. El presente estudio presenta casi una decena de buenas razones para justificar que los programas de cumplimiento deben tener efectos exonerantes también en el ámbito de la responsabilidad civil ex delicto*; es lo único consecuente con el propio sistema creado por el Legislador penal en el art. 31 bis del Código Penal.*

Abstract

-

The thesis that we support through this work is as follows: since compliance programs serve for the highest purpose — the criminal exoneration for legal entities —, as they keep companies out of the legally disapproved risk, they must also serve for the lowest one — the exoneration of companies of the subsidiary civil liability —. Since a harmful result that is not objectively imputable, it can´t be neither for criminal law, nor Civil Law. This study shows almost a dozen good reasons to justify that compliance programs should have exonerating effects also in the field of civil liability ex delicto*; it is the only option consistent with the system created by the Legislator in article 31 bis of the Criminal Code.*

Abstract

-

Die in dem vorliegenden Beitrag vertretene These lautet, wie folgt: Da Compliance-Programme dem höchsten Zweck – nämlich: der Entlastung der juristischen Person von strafrechtlicher Verantwortung — dadurch dienen, das sie die juristische Person aus dem unerlaubten Risiko heraushalten, müssen sie auch dem niedrigsten Zweck — nämlich: der Entlastung der juristischen Person von der subsidiären zivilrechtlichen Haftung — dienen. Denn ein schädlicher Erfolg, der sich objektiv nicht zurechnen lässt, darf weder straf- noch privatrechtlich zugerechnet werden. Die vorliegende Arbeit führt ein Dutzend guter Gründe aus, zu rechtfertigen, dass Compliance-Programme auch im Bereich der zivilrechtlichen Haftung ex delicto entlastend wirken sollten. Diese Schlussfolgerung ist die einzige Auslegung, die mit dem von dem Gesetzgeber in Artikel 31 bis spanisches StGB geschaffenen System konsequent ist.

Title: *The deobjectivisation of civil liability* ex delicto*: compliance programmes*

Titel: *Die Entobjektivierung der zivilrechtlichen Verantwortung* ex delicto: Compliance Program

-

Palabras clave: art. 31 bis CP, responsabilidad penal de las personas jurídicas, responsabilidad civil ex delicto, programas de cumplimiento, su extensión, su efectividad.

Keywords*: art. 31 bis CP, criminal liability of legal persons, civil liability* ex delicto*, compliance programs, their extension, their effectiveness.*

Stichwörter: *Art. 31 bis CP, strafrechtliche Verantwortung von juristischen Personen, zivilrechtliche Haftung* ex delicto*,* Compliance-Programme*, ihre Tatgweite, ihre Wirksamkeit*.
-

DOI: 10.31009/InDret.2022.i3.04
-

InDret
2.2022

Recepción
21/02/2022
-
Aceptación
06/05/2022
-

Índice

-

1. La responsabilidad civil* ex delicto*: automatismo como pretendida tendencia
2. Los casos y la radicalidad de algunas sentencias
3. Ocho razones para un cambio
3.1. Primera razón: la obligada armonización con la jurisdicción civil
3.2. Segunda razón: si la cuestión civil debiese seguir reglas penales, es claro que un programa de cumplimiento exonera de la responsabilidad civil
3.3. Tercera razón: la jurisprudencia penal ha apuntado, aunque tímidamente, la solución exonerante civil de los programas de cumplimiento
3.4. Cuarta razón: en verdad, simplemente hay que respetar el tenor literal del núm. 3.º del art. 120 CP, y realizar una interpretación sistemática del núm. 4.º
3.5. Quinta razón: ¿y si el programa de cumplimiento es evidente que exonera? ¿Condenamos no obstante?
3.6. Sexta razón: un programa de cumplimiento que no exonerase civilmente, desincentivaría su instauración, justo lo contrario de lo pretendido por el legislador y la jurisprudencia
3.7. Séptima razón: si el supuesto fundamento para la objetivación de la responsabilidad civil es una razón de Estado —social (y democrático) de Derecho—, que pague el Estado
3.8. Octava y última razón: ¿realmente, no estamos ante sanciones?
4. Resumen de conclusiones
5. Bibliografía

-

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

1. La responsabilidad civil *ex delicto*: automatismo como pretendida tendencia

I. El *problema* es de sobra conocido: ante el delito de un empleado o directivo, en demasiadas ocasiones se pretende, de forma absolutamente automática, que la sociedad mercantil sea responsable civil subsidiaria. El *problema*, en cursivas, porque hemos de decir que de ello hace cuestión quien quiera ver que es un problema —para el derecho de defensa o para la tutela judicial efectiva—, ya que sin duda otros muchos considerarán —creemos que erróneamente— que está bien que la sociedad pague, directamente. Al fin y al cabo, para eso es la responsable civil subsidiaria, se dirá.

¿Para eso es la responsable civil subsidiaria?, ¿no la *presunta* o *pretendida* responsable civil?, ¿no la *acusada de* responsabilidad civil subsidiaria? Y es que, en este tema, mal síntoma, hasta la terminología es de despótica anticipación. Pese a que a nadie se le ocurriría hablar del "condenado" antes de que recayese sentencia en tal sentido, para la parte civil del proceso la cosa pinta bien distinta: parece que no habría que estarse con esos remilgos; por favor, al fin y al cabo, alguien tiene que pagar… Y por ello se habla de *la sociedad responsable civil subsidiaria*, sin peros, como con prisas por llegar a la condena: ese es el uso forense plenamente asentado; en resoluciones y escritos —«*dese traslado a la responsable civil subsidiaria para calificación*»—, en estrados —«*tiene la palabra la defensa de la responsable civil subsidiaria*»—, y hasta antes de ellos, en el pasillo, cuando el agente judicial llama a las distintas partes al juicio —«*¿el responsable civil subsidiario, está?*»—, etc. Insistimos: ¿sería imaginable que el agente saliera y a voz en grito inquiriera si puede pasar "*el condenado*"?

Y es que como alguien —la sociedad mercantil de que se trate— tiene que pagar —así parece, erróneamente—, todo lo que conduzca al pago, es tendencia y se pretende correcto. En la práctica, y más allá de lo terminológico, hay incluso posiciones muy consolidadas que impiden a la defensa *de la responsable civil subsidiaria*, que cuestione el *factum* que supuestamente daría lugar, de haberse producido, a su responsabilidad: es decir, el abogado de la demandada —la acusada como responsable civil subsidiaria— no podría cuestionar que fue delito el comportamiento del empleado, por ejemplo, pues para ello ya está, se dice, la propia defensa del trabajador[1]. En pocas palabras: la defensa de la responsable civil subsidiaria que se dedique a lo suyo, —*sit venia verbo*— a esperar la condena.

Un último botón de muestra de este tipo de situaciones, son aquellos casos en los que haga lo que haga la sociedad, mal. Toda vez que, como acabamos de decir que suele hacerse, se nos dice que la sociedad no podría entrar a defender que el hecho imputado a su empleado no aconteció como pretenden las acusaciones, hay veces que, entonces, se procura al empleado una correcta defensa; *ergo*: se le paga la defensa, a condición de que el empleado esté de acuerdo en una coordinación con la empresa, *responsable civil subsidiaria*. Si no se hace así, se corre el riesgo de

[1] En efecto, sin perjuicio de que la jurisprudencia en este sentido carece de unanimidad, siendo unas posiciones más restrictivas que otras, podemos encontrar muchas sentencias que constriñen extremadamente la defensa del responsable civil subsidiario en el proceso penal: «Es doctrina de esta Sala que el responsable civil subsidiario tiene delimitada su actuación, dentro del proceso penal, al área puramente indemnizatoria sin que le sea posible alegar en su defensa cuestiones de descargo penales (…)» (STS 1458/2001, Penal, de 10 de julio (ECLI:ES:TS:2001:5992); más recientemente, también, STS 81/2019, Penal, de 13 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:412). Véase, además, en este sentido, STC 48/2001, de 26 de febrero (BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2001), que reconoció la legitimidad constitucional de la limitación de las posibilidades de actuación en el proceso penal del condenado como responsable civil subsidiario.

que el empleado llegue a una conformidad con independencia de la realidad acontecida, conformidad en la que incriminará a la sociedad de la que dependía: resumido, «*te pido poca pena privativa de libertad, a cambio de que logres con tu declaración que la sociedad pague*». Y, la sociedad paga, por supuesto, pues el peor escenario para el llamado como responsable civil subsidiario es aquél en el que los acusados —criminalmente responsables— se conforman con la pena y con el importe indemnizatorio[2]. Pero el caso es que, cuando para evitar estos escenarios, como decimos, se coordina la defensa del empleado y de la sociedad, se acaba diciendo por las acusaciones que esa sería la mejor prueba de que, en efecto, la sociedad debe pagar, pues tal coordinación sería expresiva de una irregular connivencia con el delito. Si no hay coordinación (*ergo*: posible conformidad), paga; si la hay (*ergo*: irregular connivencia), también. Como decimos, haga lo que haga, mal.

II. Seguro que el panorama no es tan terrible como, mediante la retórica de la hipérbole, hemos querido hacer ver en las anteriores líneas. Pero casi… Y en todo caso el lector penalista reconocerá con nosotros que al menos en parte tiene razón nuestro planteamiento. Es sabido, así, que las peticiones de responsabilidad civil suelen hacerse en el proceso penal sin introducir argumento o explicación alguna a tal propósito. «*La entidad X., S.A., conforme al art. 120 CP responderá subsidiariamente de las cantidades exigidas en este concepto al encausado José (…) por el delito B*», puede leerse en cualquier escrito de acusación al uso. El ejemplo es real: ni el párrafo concreto del art. 120 era citado. No suele fundamentarse más.

Y habrá que reconocer, igualmente, que hay muchos partidarios de la responsabilidad civil subsidiaria automática o cuasi automática, maquinal, burocrática, casi hasta a modo del que estampa un sello de caucho en un documento sentencia: "*responsable civil subsidiario*". Son legión. Por comodidad, por inercia, sobre todo por una, a nuestro juicio, mal entendida justicia material indemnizatoria, o por un convencimiento que nunca hemos llegado a entender y que los partidarios apenas explicitan: cuando uno busca la justificación, descubre que unas sentencias remiten a otras —«*como ya tiene dicho la jurisprudencia de esta Sala…*»—, esas otras a otras y así *ad infinitum*; una suerte de anclaje inamovible en el pasado, como si la verdadera y única justificación fuese realmente que la jurisprudencia dice haberlo hecho así siempre.

III. Pero lo cierto es que últimamente la situación se les ha complicado bastante a los —*sit venia verbo*— autómatas de la responsabilidad civil subsidiaria. Guste o no, un extraordinario acontecimiento ha venido a cambiar las cosas, y podrán hacer el don Tancredo y quedarse como que no ha pasado nada, pero sí ha pasado, y mucho: la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por un lado, a la par que la exoneración —por el otro— de las sociedades cuando no sobrepasan el umbral del riesgo permitido gracias a un efectivo programa de cumplimiento.

Y así, la tesis que a continuación mantendremos, y que nos permitimos adelantar para mayor claridad, es: como quiera que los programas de cumplimiento sirven para lo más —la exoneración

[2] Por todas, véase SSTS, 898/2003, Penal, de 20 de junio (ECLI:ES:TS:2003:4317) y 268/2020, Penal, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1334), muy ilustrativas sobre cómo las sentencias de conformidad pueden llegar a vincular al responsable civil: «*(…)* si los condenados penales no pueden recurrir su condena en cuanto ésta se ha dictado dentro de los límites acordados por las partes y con el cumplimiento de los requisitos procesales exigidos al efecto (sentencia de conformidad), menos aún pueden hacerlo los condenados que lo fueron sólo por su responsabilidad civil. Ellos carecen de legitimación procesal para impugnar los pronunciamientos estrictamente penales, tema ya fijado en este caso particular por lo convenido por las partes directamente ligadas al problema, las acusaciones pública y privada y los acusados penales, y aceptado en la sentencia».

penal de la sociedad mercantil— y sirven porque mantienen a la sociedad fuera del riesgo jurídicamente desaprobado, deben servir para lo menos —la exoneración de la sociedad frente a una acusación como responsable civil subsidiaria—, cuando el programa de cumplimiento cubra también dichos riesgos civiles; ¡faltaría!: la teoría de la imputación objetiva nació precisamente en el ámbito de la imputación civil, mucho antes de que tuviera acogida en el Derecho Penal y fuera elevada a cotas de extraordinaria finura jurídica por ROXIN y JAKOBS, entre otros. En realidad, aunque no sea esta la forma habitual de operar, lo cierto es que las bases sobre las que se asienta la pretensión de responsabilidad civil —teoría del riesgo, *culpa in eligendo* e *in vigilando*—, así lo demandan. Lo veremos en las próximas páginas.

2. Los casos y la radicalidad de algunas sentencias

I. Hasta ahora hemos hablado de responsabilidad civil subsidiaria, pero las situaciones de automatismo también pueden producirse respecto de las pretensiones de responsabilidad civil directa de las sociedades. Por eso hemos querido referir el título del presente trabajo a la "*responsabilidad civil* ex delicto" y no simplemente a la "*responsabilidad civil subsidiaria*". Lo que sucede es que las arritmias que se viene produciendo son más más llamativas aún si cabe en el ámbito de la subsidiaria.

Así, cuando hablamos de responsabilidad civil llamada *ex delicto* de una sociedad mercantil[3], concepto más amplio que el de responsabilidad civil subsidiaria, podemos distinguir dos tipos:

(i) La responsabilidad civil directa y solidaria, esto es, por hechos propios, conforme a la cual la persona jurídica responderá civilmente en los términos establecidos en el art. 110 del Código Penal, y en su caso de forma solidaria con las personas físicas que fuesen condenadas por los mismos hechos —de conformidad con el art. 116.3 del Código Penal—.

(ii) Y la responsabilidad civil que venimos mencionando, indirecta y subsidiaria, de la sociedad mercantil por hechos de terceros, en lo que aquí interesa los arts. 120.2.º a 5.º del CP. Y en especial las previsiones de los números 3.º y 4.º, por delitos cometidos en locales o establecimientos de la empresa, o por ser los autores empleados de la misma. A estos casos suele referirse la jurisprudencia que citaremos seguidamente, sin perjuicio de que, *mutatis mutandis*, también la doctrina que establezcamos deberá ser aplicada a toda clase de responsabilidad civil denominada *ex delicto*.

En este segundo caso de responsabilidad indirecta y subsidiaria, la influencia de un programa de cumplimiento de prevención penal debiera ser decisiva: si el sistema de prevención reúne los requisitos eximentes de tipicidad (*recte*: de atipicidad) que expone el Código Penal en el art. 31 *bis* ss., habrá que concluir —como ya hemos apuntado— que la sociedad no habrá sobrepasado los límites del riesgo permitido —ni responsabilidad penal, ni civil para la mercantil—, pese a que haya podido producirse un "hecho de referencia", es decir, pese a que un empleado haya cometido delito. Si, particularmente, el programa de cumplimiento de prevención contemplaba también riesgos de responsabilidad civil, y salía al paso de ellos, parece que el proceso penal en

[3] Vamos a mantener esta terminología, al uso, únicamente para entendernos y con fines didácticos. Pero tiene toda la razón, entre otros, PANTALEÓN PRIETO, «¿Es la responsabilidad civil ex delicto imprescriptible?», *Almacén de Derecho*, 2021 (disponible en: https://almacendederecho.org/es-la-responsabilidad-civil-ex-delicto-imprescriptible), cuando señala que no hay propiamente una responsabilidad civil *ex delicto*, distinta de la genérica responsabilidad civil por daños.

su parte civil debe tomar razón de ello decididamente.

II. La práctica, empero y lamentablemente, está empezando a ir, también para estos casos, por otros derroteros: cuando el juez instructor imputa a la persona jurídica *ex* art. 31 bis del Código Penal, y la defensa logra demostrar que no había méritos para tal imputación, la causa es archivada para la persona jurídica como investigada, pero suele decirse expresamente que se mantiene la personación de la sociedad como responsable civil subsidiaria: «*Parte dispositiva: decretar el sobreseimiento provisional respecto de la mercantil M. S.A., que pasará a la situación procesal de responsable civil subsidiario*»[4]. Con el automatismo de siempre, vaya.

De esta manera, en la actualidad la responsabilidad civil corporativa es aplicada de forma indistinta con independencia del caso concreto: (a) tanto en los casos de delitos no susceptibles de responsabilidad penal de las personas jurídicas (*numerus clausus*), (b) como en los supuestos de delitos de los que pueda ser responsable una mercantil, pero que en el caso concreto no la conlleven por no estar probado un incumplimiento normativo. En cualquier caso, puede acabar derivándose la sempiterna responsabilidad civil subsidiaria[5].

En realidad, los dos casos que acaban de ser descritos, (a) y (b), son uno, son idénticos: de una sociedad que no responde penalmente pero se le quiere hacer responder civilmente; lo que sucede es que el segundo de los supuestos que acabamos de citar pone de manifiesto de forma más gráfica si cabe, la arritmia que produce que una persona jurídica salve su responsabilidad penal porque tenía un adecuado programa de cumplimiento, y, empero, el mismo programa nada evite para un supuesto ilícito de menor *quantum*: el civil.

Imaginemos una empresa farmacéutica que es acusada de un supuesto delito de despacho ilícito de medicamentos, que puede conllevar responsabilidad penal corporativa. Aquí podría ser indiferente, según venimos diciendo, a efectos civiles y dado el automatismo con el que se aborda la cuestión, que la compañía dedique millones de euros a su modelo de cumplimiento —asesorado por los mejores expertos, certificado por los más altos estándares—, y si está o no ajustado a las exigencias del art. 31 bis, dentro del riesgo permitido. Con independencia de dicha cultura de cumplimiento de la compañía, nos encontraríamos con una perversa situación en la que la sociedad terminaría respondiendo civilmente, exactamente igual que si no hubiera tenido cultura de cumplimiento alguna. Ya saben… el sello de caucho "*responsable civil subsidiaria*". Los lesionados deben ser indemnizados. Poco le importará de hecho, la posibilidad de eludir la multa penal, pues sólo la civil puede alcanzar igualmente cuantías millonarias y llevar a la empresa a la ruina.

De este modo, ante esta clase de situaciones: ¿qué motivación puede llegar a tener una organización para establecer y mantener —con los recursos y costes económicos que ello supone— un modelo de *compliance*, incluso tan amplio que comprenda riegos de responsabilidad civil?, ¿qué sentido tiene, valorarán sus directivos, administradores y accionistas, si llegado el caso va a ser igualmente considerada tan responsable como aquella otra organización que no ha tenido el más mínimo cuidado por el cumplimiento normativo?: ¿merece la pena eludir la

[4] Así, por ejemplo, tomamos la cita del Auto de 9 de junio de 2017 del Juzgado de Instrucción n.º 31 de Madrid (Diligencias Previas 2310/2015).

[5] En este sentido, véase Circular FGE 1/2016: «Naturalmente, cuando la infracción del deber de control no se haya producido o haya sido leve siempre cabe en sede penal la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica, de conformidad con el art. 120. 4.º CP».

responsabilidad penal, si la civil, que puede ser incluso económicamente superior, se pretende automática?

III. Para eliminar este contrasentido, tanto la responsabilidad directa, como la indirecta, debieran encontrar su fundamento en estrictos criterios de imputación objetiva, o en la existencia de una suerte de culpa o negligencia, por hablar en términos civilistas. Sería imprescindible que toda obligación de reparación lo sea sobre la base de algún tipo de relación de imputación objetiva (suele hablarse de causalidad)[6]. Pero, lamentablemente, en gran medida no es así, y hay numerosas sentencias que lo atestiguan[7], mudas espectadoras —sin fundamentación o casi sin ella— de esta injusticia; espectadoras porque la responsabilidad no nace de ellas —como debiera—, sino de esa suerte de tradición maquinal a la que despectivamente ya hicimos alusión *supra*; por eso estamos escribiendo estas líneas.

Y si bien es cierto que en su origen, la jurisprudencia justificaba la responsabilidad civil subsidiaria de los principales por los actos delictivos de sus empleados, en una falta *in vigilando* o *in eligendo*[8], lo que suponía cierto fundamento culposo de la misma, en las últimas décadas la evolución fue cada vez más laxa y *generosa* —¡con las condenas!—, y hoy ya es casi unánime la tesis de que el fundamento del nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria se encuentra en la teoría de la *creación del riesgo*[9]*:* quien se beneficia de las actividades (de otras personas), que de alguna manera puedan provocar daños a terceros —dice el Tribunal Supremo, frente a lo que el empresario argumentará, con razón, que él lo único que hace es arriesgar su patrimonio—, también debe soportar las consecuencias negativas por ese supuesto riesgo creado. Tanto se ha ensanchado el ámbito de aplicación, que la jurisprudencia ha llegado a declarar que concurrían los requisitos de tal teoría incluso aunque la actividad desarrollada por el infractor no le reportaba ningún beneficio al principal: «(…) bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentra tal actividad sujeta de algún modo a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma…»[10].

Y en efecto, aunque no es necesario hacer aquí un recorrido total sobre dicha doctrina jurisprudencial —por ser de sobra conocida—, sí conviene al menos a título de ejemplo citar algunas de las últimas sentencias, sea al menos para refrescar que los tribunales siguen, sin ocultarlo, conformándose con meros criterios cuasi objetivos, vale decir: con el citado automatismo.

---

[6] Entendiendo la causa como condición *sine qua non* del daño, es decir, como un requisito que, de haber faltado, el resultado dañoso no se hubiera producido. Véase DÍEZ PICAZO, *Derecho de daños*, 1999, p. 334. También SALVADOR CODERCH/FERNÁNDEZ CRENDE, «Causalidad y responsabilidad», *InDret*, (1), 2006, pp. 1 ss.

[7] También la doctrina apunta en no pocas ocasiones en esta línea. Véase, *v.gr.*, ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, 2020, p. 276, quienes distinguen abiertamente dos grupos de responsabilidad civil subsidiaria: a) los que de algún modo han tenido culpa o negligencia (padres o tutores, o empresarios respecto a sus empleados); y b) un segundo grupo fundado en una actuación que ha incrementado el riesgo (empresas entre otras). En parecido sentido se pronuncian ORTIZ NAVARRO/ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ/QUINTANAR DÍEZ (dir.), *Elementos de Derecho Penal. Parte General*, 2020, p. 278.

[8] Véase, *ad exemplum*, STS de 6 de abril de 1990.

[9] En definitiva, esta teoría de la creación del riesgo no es sino una adaptación del viejo principio romano "*qui sentir commodum, debet sentire incommodum*" o bien *"ubi commodum, ibi incommodum"*. Es decir, la situación en la que uno encuentra una ventaja, justifica también que deba de hacer frente a los perjuicios que se derivan de aquélla (también STS, 237/2010, Penal, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2010:1554)).

[10] Por todas, SSTS, 865/2015, Penal, de 14 de enero (ECLI:ES:TS:2016:11) —Caso «Buque Prestige»—,- 822/2005, Penal, de 23 de junio (ECLI:ES:TS:2005:4149), o 1491/2000, Penal, de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2000:6999).

IV. Así, podemos resumir con las mismas palabras de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, que «se ha seguido una línea de **progresiva objetivación**, en el sentido de entender que quien obtiene un beneficio (no necesariamente empresarial en términos convencionales) deberá asumir de forma subsidiaria la responsabilidad económica que corresponda, cuando no lo haga el autor»[11].

Si bien este tipo de resoluciones son incontables, recordemos igualmente la STS, Sala 2ª, 413/2015, de 30 de junio, paladino ejemplo de lo que venimos diciendo: «La perspectiva de la responsabilidad objetiva, en cambio, se dice que es panorámica , en cuanto que no mira al suceso concreto y lo que pudo hacerse para evitarlo, y extiende temporal, objetiva y subjetivamente el foco, viniendo a examinar si el responsable no era quien estaba en mejores condiciones para, modificando alguna decisión organizativa, disminuir o aumentar de forma relevante la probabilidad de daño. / Es el caso de la responsabilidad de la empresa por el hecho de los empleados del art 120.4 CP, siendo vicaria y de carácter objetivo, pues no admite, como hace el CC, ninguna prueba liberatoria del empresario fundada en su comportamiento diligente. La empresa atrae formas de responsabilidad objetiva, en cuanto que es capaz de influir sobre las grandes cifras del riesgo a través de múltiples decisiones de gestión de sus elementos personales y materiales, que, además, adoptará bajo los principios de optimización o máximo beneficio propios de la empresa. Además, esos mismos principios le servirán para internalizar los costes de la responsabilidad o asegurarlos sin excesiva dificultad»[12]. La resolución es paradigma: "*carácter objetivo*", responsabilidad "*vicaria*", etc.; pero, obsérvese, nos dará la razón sin quererlo: si su responsabilidad es —como acabamos de transcribir— por ser capaz de influir sobre las grandes cifras del riesgo, si además, se deja caer §en la misma sentencia—, que ello puede estar supeditado a principios de máximo beneficio de la empresa, ¿por qué no exonerarla cuando

[11] STS, 1013/2011, Penal, de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2011:6488). Y así, también esa misma Sala dice en su STS 413/2015, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2015:3177), que la responsabilidad civil del art. 120 CP sería más amplia que la de sus predecesores los arts. 20 y 21 CP, señalando en concreto respecto del n.º 3.º del art. 120 que este tipo de responsabilidad civil sería mucho más objetiva que la del n.º 4.º: «No obstante esta Sala, cumpliendo su función nomofiláctica, considera necesario exponer la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del art. 120.3 CP. Así, este precepto, como hemos dicho en SSTS. 229/2007 de 27.3, 768/2009 de 16.7, 370/2010 de 29.4, 357/2013 de 29.4, 60/2014 de 11.2, mucho más amplio que los arts. 21 y 22 del Código Penal de 1973, y que, para lo que aquí se resuelve, distingue entre el n.º 4.º que es la clásica concepción de dicha responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus —principales— (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la "*culpa in vigilando*", "*culpa in eligendo*", o la "*culpa in operando*", que había sido interpretada por esta Sala Casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una cuasiobjetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad, y la responsabilidad civil subsidiaria que surge ahora del citado apartado 3.º del art. 120 del Código Penal».

[12] Véase también, STS, 737/2018, Penal, de 5 febrero (ECLI:ES:TS:2019:330): «que la responsabilidad que regulaba el art. 22 del anterior Código Penal -y la doctrina se mantiene vigente en la actualidad-, es una responsabilidad "*in re ipsa*" que tiene su razón de ser en el principio de derecho de quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro, debe soportar también los daños, siendo patente la evolución del fundamento de esta responsabilidad que de estimarse en caso de *culpa in eligendo* o *in vigilando*, hoy día se estima más próxima a una responsabilidad objetiva (...) Pero sea cual sea la opinión que se tenga sobre ese tratamiento legal, lo cierto es que en nuestro ordenamiento la responsabilidad civil nacida de delito tiene un régimen especial y diferente, en puntos a veces no despreciables, del régimen general de la culpa extracontractual: arts. 1092 y 1093 del Código Civil. Hay que estar a lo dispuesto en el Código Penal. Y en el Código Penal el art. 114 es un precepto inescindible. La responsabilidad civil subsidiaria [en referencia en este caso al art. 120.4] es estrictamente vicaria de la responsabilidad civil del responsable penal. Es un espejo de ella. El responsable civil subsidiario responde de lo mismo que el responsable penal, aunque solo en defecto de éste. No caben diferenciaciones en el alcance de sus respectivas responsabilidades civiles en virtud de factores como éste (la culpa de la víctima no tendría relevancia en relación a la conducta dolosa, pero sí repartiría el daño en relación al tercero cuando hay culpas concurrentes). Y no se exige constatar en concreto la presencia de culpa de ese tercero civil responsable».

la "decisión" de la empresa fue sacrificar recursos, tiempo y esfuerzo para guiarse por un buen programa de cumplimiento normativo? Veremos la respuesta más adelante.

V.- En suma, existe una consolidada doctrina jurisprudencial, mayoritaria, que afirma sin tapujos, que la responsabilidad civil subsidiaria es cuando menos cuasi-objetiva, que está en progresiva objetivación, y otras piezas semánticas más o menos eufemísticas que ni tan siquiera tratan de ocultar que, sea como fuere, el acusado como responsable civil subsidiario no goza de la misma amplitud del Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la defensa que el resto de las partes del mismo proceso. Siendo francos, el autodenominado "ponderado objetivismo", es, en demasiadas ocasiones, la responsabilidad puramente objetiva, disfrazada eso sí, porque parece dar pudor decir lo contrario abiertamente en un Estado que pretenda llamarse de Derecho. Y, por cierto, ni siquiera, aunque fuese cuasi-objetiva (sea lo que se quiera denominar así para diferenciarla de la objetiva) nos convence.

3. Ocho razones para un cambio

I. Con ocasión de una interesantísima jornada en el foro de debate jurídico FIDE, ya tuvimos ocasión de plantear cómo la existencia de un programa de cumplimiento penal debe venir a solventar el tórpido curso evolutivo de la responsabilidad civil *ex delicto*, en el sentido de ser capaz, no solo de excluir —por atipicidad— la responsabilidad penal, sino también de exonerar a la persona jurídica sea una eventual responsabilidad civil subsidiaria del art. 120 CP.

Si atendiésemos exclusivamente al ámbito penal, y a aquellos debates que originalmente comenzaron a surgir a parir de la reforma del año 2010 en torno a si estábamos o no ante una cuestión de tipicidad, lo cierto que es poco a poco las dudas van quedando despejadas. Entre las sentencias del Tribunal Supremo, la que resulta más ilustrativa, la primera de todas de fecha 29 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:613), aboga por entender, en la misma línea previamente apuntada por parte de la doctrina científica[13], que la persona jurídica deberá responder por su hecho propio[14], y que los modelos de cumplimiento y formas concretas de vigilancia y control entrarían dentro de las cuestiones del tipo objetivo. Dicha doctrina ya está siendo aplicada, siendo habitual encontrar autos de jueces de instrucción acordando la investigación de personas

[13] Sin ánimo de exhaustividad, véase BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico,* 2010, pp. 210 ss. También el Informe de CGPJ de 2009, sobre el anteproyecto de Reforma del Código Penal, que se postula a favor de un modelo de autorresponsabilidad sustentado en el defecto de control u organización. En parecido sentido, BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, 2011, p. 100, que criticaba la reforma del año 2010 por entender que, a la vista de la confusión a que daba lugar la primera redacción del art. 31 bis, hubiera sido deseable llevar a cabo las oportunas correcciones en trámite parlamentario a fin de optar claramente por el modelo de culpabilidad en la organización; véase también GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Fundamentos de la responsabilidad de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2015, pp. 92 ss.

[14] En este sentido, entiende el Alto Tribunal que la investigación respecto de la persona jurídica, cuando hablamos de delitos corporativos, «habrá de centrarse en su averiguación desde una perspectiva estructural. Se tratará, por tanto, de una indagación sobre aquellos elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad de la empresa». Véase, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora», *La Ley*, (8724), 2016, pp. 1 ss. También, del mismo autor, «Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La Ley*, (8830), 2016, pp. 1 ss.

jurídicas sobre este mismo presupuesto[15]. En pocas palabras, estamos ante una cuestión de tipicidad[16].

Superado dicho debate, toca analizar si es posible extrapolar lo anterior al ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, en particular en supuestos en los que el programa de cumplimiento incluya entre sus medidas y riesgos el ámbito civil. En este sentido, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, ha abordado tangencialmente la cuestión y lo ha hecho con las cautelas lógicas de Alto Tribunal, de momento, pero la evolución consecuente entendemos que deberá ser, sin duda, que los programas de cumplimiento tengan plena incidencia exonerante en el sistema de responsabilidad civil *ex delicto*. Así, la STS, 737/2018, Penal, de 5 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:330), mostró escepticismo y resolvía *obiter dictum*, pero desde luego dejó abierta la cuestión al introducir un significativo "*en principio*": «A partir de la introducción de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, esos Corporate Compliance, en la terminología anglosajona, pueden operar como causas exoneradoras de la responsabilidad penal de la persona jurídica; pero no pueden afectar en principio ni a las responsabilidades civiles; ni menos aún a la responsabilidad penal de las personas físicas responsables de delitos dolosos cometidos en el seno de una empresa»[17].

Al menos por las siguientes ocho razones, debiera producirse este cambio que proponemos:

3.1. Primera razón: la obligada armonización con la jurisdicción civil

I. El primer argumento a favor del cambio es tomar razón, pero de verdad tomar razón, de un axioma que es tan repetido e indiscutido como, a lo que se ve, inaplicado: la responsabilidad civil *ex delicto* —directa o subsidiaria— no pierde su carácter civil por el hecho de que sea pedida dentro de un proceso penal[18]. Es claro que no puede haber una dualidad de regímenes legales o jurisprudenciales para una misma realidad jurídica, pues indudablemente lo es; sí, la misma. La regulación en el Código Penal de la responsabilidad civil *ex delicto* no significa un cambio de naturaleza jurídica, como suele repetirse:[19] «Las normas sobre responsabilidad civil no pierden su carácter y naturaleza de normas civiles, aunque formen parte del contenido del CP (STS, Sala 2.ª, n.º 367/1997, de 19 de marzo)»[20].

---

[15] En este sentido, entre otros, podemos destacar el Auto de 18 de abril de 2018, dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 2, en relación a un presunto delito de blanqueo de capitales.

[16] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Cuestiones abiertas en los delitos de las personas jurídicas», *LH-Bajo Fernández*, 2016, pp. 629 ss.; cfr. también BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, 2011, p. 106.

[17] Véase también fundamental: MAGRO SERVET, «*La responsabilidad civil subsidiaria de la empresa del art. 120 CP en los casos de eficaces programas de cumplimiento normativo*», *La Ley Compliance Penal*, (1), 2020, pp. 1 ss. Así como la sentencia de ponencia suya 812/2021, de 3 de marzo: «no puede confundirse en esta cuestión la imputación con la culpa, porque en este caso no es la culpa el elemento determinante de la responsabilidad, sino la imputación objetiva (…) solo cuando se trate de responsabilidad penal de personas jurídicas podría tratarse la prueba de descargo, por ejemplo de haber dispuesto de un buen programa de *compliance*, que evidencie la observancia del cumplimiento normativo en la empresa, pero en el terreno de la vía del art. 120.4 CP no son estos los parámetros que operan».

[18] «La acción civil *ex delicto* no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitorio en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil (art. 110 y 111 de la LECrim. y 109-2.º CP)» (STS 758/2016, Penal, de 13 de octubre (ECLI:ES:TS:2016:4427)).

[19] STS, 367/1997, Penal, de 19 de marzo.

[20] En la misma línea, el Tribunal Constitucional en otras tantas ocasiones: «A pesar de que el art. 100 LECrim. señala que de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también acción civil

Una pretensión civil no puede ser distinta por ser ejercida en una jurisdicción, la civil, o en otra, la penal; todavía más: es evidente que resultaría absurdo que los órganos no especializados en el ámbito civil (los jueces y tribunales de lo penal) dieran un tratamiento distinto a la pretensión, distinto al que precisamente darían los órganos especializados (los civiles). Máxime, cuando históricamente parece que una de las principales razones —o incluso quizás la única— para el tratamiento conjunto de lo civil en el proceso penal español, una *rara avis*[21], obedece a una motivación sin peso jurídico alguno: a que los primeros códigos penales del proceso codificador fueron ya los de temprana fecha de 1822, 1848 y 1870, es decir, anteriores al primer Código Civil que fue de 1889, de suerte que, como la materia penal codificada no tenía todavía un correlato civil al que poder remitirse, la decisión fue incluir unas breves pautas reguladoras de las cuestiones civiles en el propio Código Penal[22]. Y hasta hoy.

II. Así las cosas, ¿y qué dice la jurisprudencia civil de la responsabilidad civil *ex delicto*? Pues en una palabra: que no es objetiva, ni mucho menos. En realidad, más que una cuestión de objetividad, es una cuestión de carga de la prueba.

La jurisdicción civil no ha admitido una responsabilidad objetiva. En efecto, al examinar la *teoría del riesgo* como criterio de imputación de la responsabilidad civil, con ocasión de interpretar los arts. 1902 y 1903 CC, la Sala 1ª del Tribunal Supremo especifica que no cabe llegar al extremo de erigir el riesgo como único criterio de responsabilidad. El riesgo, por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no puede llegar a considerarse fuente sola de la responsabilidad civil. De este modo, no es posible asumir con la radicalidad pretendida en la jurisdicción penal que el mero hecho de que una empresa haya aprovechado una determinada actividad le lleve automáticamente a responder de potenciales daños ocasionados aun cuando no quede acreditada la culpa. Así de tajante se ha pronunciado el Alto Tribunal en no pocas ocasiones, eso sí, en su Sala 1ª: «(…) el riesgo, por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de responsabilidad establecida en los arts. 1902 y 1903 CC, a no ser que se trate de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (…)»[23].

La jurisdicción civil sí admite, por el contrario —a diferencia de la penal—, la práctica de pruebas liberatorias del empresario siempre y cuando acrediten un comportamiento diligente: «en todo caso se precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a

para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible, ello no puede llevarnos a confundir la distinta naturaleza de las acciones penal y civil que surgen del hecho punible, puesto que el hecho de que los preceptos que regulan esta última se encuentren en el CP y que la responsabilidad civil sea exigible conjuntamente con la penal en la misma vía jurisdiccional, es debido a evidentes razones de orden práctico, pero no puede enturbiar la distinción entre la sanción penal y la responsabilidad civil que puede surgir a consecuencia de un delito o falta, cuando éste provoca un daño a la víctima que deba ser reparado» (STC 33/1992, de 18 de marzo (BOE núm. 87, de 10 de abril de 1992)).

[21] Razón, por la cual, aporta poco, por lo demás, una aproximación al Derecho comparado para analizar esta cuestión.

[22] PACHECO, *El Código Penal*, t. I, 5.ª ed., 1881, p. 229: «(…) al no existir código civil, no es malo que las normas estén por lo menos en el Código Penal».

[23] STS, 144/2009, Civil, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:919). En el mismo sentido, también, SSTS, 149/2007, Civil, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1032), 52/2009, Civil, de 16 de febrero (ECLI:ES:TS:2009:595); y 385/2011, Civil, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2011:4846), entre otras.

repararlo y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación del art. 1902, pues el cómo y el por qué se produjo el accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso (sentencias de 27 de octubre de 1990, 13 de febrero y 3 de noviembre de 1993 y 29 de mayo de 1995)»[24].

En efecto, conforme a la teoría del riesgo construida por la Sala 1ª del Tribunal Supremo, no es que la sociedad responda siempre y en todo caso, como parece haber (mal)interpretado la jurisdicción penal, sino que, o bien ha de probarse su negligencia, o bien, para actividades extraordinariamente peligrosas y en una suerte de posición de garante por injerencia, acontece una inversión de la carga de la prueba con presunción *iuris tantum* de la culpabilidad de la empresa o sujeto que creó tales riesgos, en tanto no acredite que obró con la diligencia debida para evitar o prevenir el daño. No más: una presunción:[25] «las tesis esenciales al respecto pueden enunciarse como sigue: «1. La creación de un riesgo, del que el resultado dañoso sea realización, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro o beneficio para quien la desempeña. Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro Derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el art. 1902 CC, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley. El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de culpa —demostración de que "faltaba algo por prevenir"—, puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el art. 1902 CC . 2. (...). 3. El riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad; y ello tiene relevancia para la ponderación del nivel de diligencia requerido. (...). 4. El carácter anormalmente peligroso de la actividad causante del daño —el que la misma genere un riesgo extraordinario de causar daño a otro— puede justificar la imposición, a quien la desempeña, de la carga de probar su falta de culpa. Para las actividades que no queda calificar de anormalmente peligrosas, regirán las normas generales del art. 217 LEC. Del tenor del art. 1902 CC, en relación con el art. 217.2 LEC, se desprende que corresponde al dañado demandante la carga de la prueba de la culpa del causante del daño demandado. No

[24] STS, 208/2019, Civil, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2019:2103), con cita de otras como la STS, 519/2010, Civil, de 29 de julio (ECLI:ES:TS:2010:4730). En parecido sentido se pronuncia la ya antes citada STS, 149/2007, Civil, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1032) (con cita de otras): «Es procedente prescindir de una supuesta objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (STS de 2 marzo de 2006). Es un criterio de imputación del daño al que lo padece la asunción de los riesgos generales de la vida (STS 21 de octubre de 2005 y 5 de enero de 2006), de los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar (SSTS de 11 de noviembre de 2005 y 2 de marzo de 2006) o de los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida (STS 17 de julio de 2003). En los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario no procede una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados».

[25] LARA ORTIZ, «Responsabilidad civil derivada de delito, ¿base para la construcción de la responsabilidad de las personas jurídicas?», *Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, (8), 2013: «(...) los criterios de imputación basados en la culpa pueden dar lugar a una responsabilidad directa, esto es por hechos propios, o bien a una culpa indirecta, en los casos en los que el hecho lesivo lo realiza otro, pero en estos casos el responsable civil tiene obligación de control o vigilancia de la actuación de aquel».

será así, cuando «una disposición legal expresa» (art. 217.6 LEC) imponga al demandado la carga de probar que hizo cuanto le era exigible para prevenir el daño (…)»[26].

Como vemos, en la jurisdicción civil la excepción es la culpa presunta; y además, cuando concurre, invirtiéndose la carga de la prueba, ello no es ni mucho menos una responsabilidad objetiva, sino una regla de juicio sobre quién debe probar que no era imputable el resultado dañoso. Nada más.

Y señala en todo caso esta jurisprudencia civil, lo acabamos de ver, que la culpa viene determinada por la omisión de la necesaria actividad para evitar el hecho delictivo que originó el daño, siendo la previsibilidad y la evitabilidad del daño presupuestos de la culpa[27]. ¿Suena, verdad? Suena, en efecto, a los programas de cumplimiento. Es éste el único fundamento de la responsabilidad, continúa la jurisprudencia civil, pues el orden civil descarta la objetivación[28]. Por ello, la jurisdicción civil no atribuye responsabilidad en casos de circunstancias o consecuencias imprevisibles, así como tampoco en aquellos otros que, aun siendo previsibles, fueran inevitables pese a haber empleado la diligencia debida en función de las circunstancias del caso.

Vuelve a sonar, sí, pues suena exactamente igual que el debido control exigido por el núm. 2 del art. 31 bis del Código Penal para eximir a las personas jurídicas de responsabilidad criminal. Es más, establece el Código Penal que, en casos de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena. ¿Y para la responsabilidad civil ni eso?

En suma, debe abrogarse, desde esta primera perspectiva, la responsabilidad civil objetiva en la jurisdicción penal, admitiendo sin duda la prueba liberatoria del sistema de cumplimiento para las personas jurídicas. La comparativa con la jurisdicción civil[29], como acabamos de ver, así lo impone: más: es demoledora, en el sentido literal del término.

3.2. Segunda razón: si la cuestión civil debiese seguir reglas penales, es claro que un programa de cumplimiento exonera de la responsabilidad civil

I. Hasta la naturaleza jurídica misma de la responsabilidad civil derivada de delito es controvertida: ¿es puramente civil —como hemos mantenido en la *1.ª razón* o es penal?

Entre la doctrina civilista no parece haber demasiadas dudas en cuanto a la referida naturaleza civil de este tipo de responsabilidad[30], y esa misma línea ha sido seguida tradicionalmente por la

[26] SSTS, 185/2016, Civil, de 18 marzo (ECLI:ES:TS:2016:1161), con cita de otras a lo largo de la última década: SSTS, 462/2006, Civil, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:3026); 645/2007, Civil, de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:3410); 1070/2007, Civil, de 16 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:6428); 788/2008, Civil, de 24 de julio (ECLI:ES:TS:2008:4832); 791/2008, Civil, de 28 de julio (ECLI:ES:TS:2008:4838); 1200/2008, Civil, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2008:7095); 149/2010, Civil, de 25 de marzo (ECLI:ES:TS:2010:1359); 385/2011, Civil, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2011:4846); 979/2011, Civil, de 27 de diciembre (ECLI:ES:TS:2011:9304); 816/2011, Civil, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:1581); 566/2015, Civil, de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4289); y 639/2015, Civil, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5414).

[27] Conforme a la STS, 1866/2010, Civil, de 30 de marzo (ES:TS:2010:1866).

[28] STS, Civil, 12 de marzo de 1999.

[29] LLAMAS POMBO, «La mal llamada (y peor entendida) responsabilidad civil ex delicto», *Práctica de Derecho de Daños-La Ley*, (19), 2004.

[30] Numerosos ejemplos: PANTALEÓN PRIETO, «Comentario a la sentencia de 28 de enero de 1983», *CCJC*, 1983, pp.

mayoría penalista[31]. No obstante, cierta minoría discrepa de esta tesis, entendiendo que todas las normas, incluyendo las que disciplinan la responsabilidad civil *ex delicto* establecidas en el Código Penal, deben participar de la función propia de esta otra rama del ordenamiento jurídico. De no compartir tal función y fundamento, dicen, estarían a día de hoy ubicadas en el Código Civil. Por este motivo entienden que no es recomendable su tratamiento unitario en la legislación civil, sin perjuicio de su indiscutido carácter supletorio[32].

Para este sector, ello vendría avalado por el hecho de que la responsabilidad civil *ex delicto* tiene otros efectos más allá de los meramente pecuniarios propios del Derecho privado, como sucede con la apreciación de la atenuante por reparación del daño —art. 21.5.ª CP—; que su satisfacción pueda ser presupuesto necesario para la suspensión y/o sustitución de la pena privativa de libertad —arts. 80, 88 ss. CP—; o su incidencia de cara a la cancelación de los antecedentes penales —art. 136.1.1.º CP—, por citar algunos ejemplos. A partir de lo anterior, estos autores entienden que es posible considerar a esta responsabilidad como un instrumento político-criminal más a tener en cuenta por el Derecho Penal para el mejor cumplimiento de sus fines.

II. Pues bien, aun cuando aceptásemos el razonamiento que acaba de ser expuesto, si admitiésemos que los fundamentos de la responsabilidad civil pueden ser distintos en los órdenes civil y penal, mayor motivo tendremos para atacar una responsabilidad civil automática y vicaria en esta última jurisdicción.

En efecto, si ya hemos visto que resulta improcedente aceptar la objetivación automática de la responsabilidad civil delictual por ser incompatible con los principios y fundamentos propios del Derecho civil, con más razón debemos rechazarla en el supuesto de admitir que aquella se ampara en fundamentos penales[33], pues precisamente lo que estamos proclamando es que la responsabilidad penal de la persona jurídica queda exonerada por sus programas de cumplimiento y, con ello, igual tratamiento, debería tener entonces la parte civil 'con tratamiento penal'. Más: entre los principios básicos de nuestro Derecho penal, la absoluta exclusión de responsabilidades objetiva o automática, es indiscutida.

---

103 ss., que ya en dicho momento apelaba a la identidad de fundamento -daño ocasionado- como razón última de la naturaleza civil de la obligación resarcitoria derivada de ilícitos penales o civiles. Tal opinión la ha mantenido a lo largo del tiempo, PANTALEÓN PRIETO, «"*Perseverare diabolicum*"- (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)», *JpD*, 1993, p. 6, quien criticó muy duramente el pertinaz error en que incurrió de nuevo el prelegislador al mantener la mal llamada responsabilidad civil *ex delicto* en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 1992 en contra de lo dispuesto en el borrador de 1990, calificando la iniciativa de "*desgraciada peculiaridad patria*". En el mismo sentido, entre otros muchos, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, 1995 pp. 97 ss., o YZQUIERDO TOLSADA/REGLERO CAMPOS (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 4.ª ed., 2008, pp. 1068 ss.

[31] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/FERRÉ OLIVÉ/SERRANO-PIEDECASAS, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., 2007, pp. 407 ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, 2000, pp. 71 ss.; MAGALDI PATERNOSTRO, «De la responsabilidad civil y su extensión. Arts. 109 a 115», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal Parte General*, 2011, pp. 870 ss. Aunque con matices, también SILVA SÁNCHEZ, «¿"*ex delicto*"? Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal», *InDret*, (1), 2001, pp. 1 ss.

[32] QUINTERO OLIVARES/CAVANILLAS MÚGICA/DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, 2002, pp. 33 ss.; QUINTERO OLIVARES, en MÁRQUEZ DE PRADO PÉREZ, (dir.), *Responsabilidad civil «ex delicto»*, 2004, pp. 22 ss.

[33] HORTAL IBARRA, «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo "resolver" la cuadratura del círculo», *InDret*, (4), 2014, *passim*.

En suma, también desde esta perspectiva —llamémosla así— penalista de la responsabilidad civil, se impone que los programas de cumplimiento exoneren en su caso también de las responsabilidades civiles *ex delicto*.

3.3. Tercera Razón: la jurisprudencia penal ha apuntado, aunque tímidamente, la solución exonerante civil de los programas de cumplimiento

I. A pesar de lo expuesto *supra* respecto del estado de la jurisprudencia penal, es cierto que en algunos casos, bien leída, la doctrina de muchos tribunales penales no llega al punto de atreverse a retratar un cuadro de responsabilidad objetiva; en ocasiones, pues, bien parece que es alguna práctica la que, por comodidad, acaba haciendo lo que la jurisprudencia no dice.

Y así, cuando la jurisprudencia trata el art. 120.3.º del Código Penal, rechaza en muchos de los casos un objetivismo acerbo, y recuerda que debe producirse una infracción de reglamentos, lo cual una vez más recuerda, cuando no conduce directamente, a los programas de cumplimiento normativo:[34] «Es cierto que la responsabilidad civil de los empresarios individuales y de las personas jurídicas ha venido registrando ya desde hace un tiempo un importante proceso de objetivación (...). Sin embargo, ni siquiera la jurisdicción civil ha admitido una responsabilidad objetiva pura, sino a lo sumo cuasi-objetiva. (...) Ahora bien, aunque en el ámbito jurisdiccional civil los arts. 1902 y 1903 dan pie para implantar con cierta laxitud en algunas clases de supuestos dañosos o lesivos un elevado grado de objetivación de la responsabilidad, no puede en cambio decirse lo mismo del art. 120.3.º del C. Penal, habida cuenta que este exige que concurra para su aplicación una infracción reglamentaria con relevancia en el resultado punible»[35].

Y es que, aun cuando en las últimas décadas se ha venido insistiendo en la antedicha *teoría del riesgo*, muchas veces ha sido sin abandonar del todo la idea de la culpa. Y así, mientras algunas sentencias reconocen que la responsabilidad civil subsidiaria se fundamenta no sólo «en los pilares tradicionales de la culpa in eligiendo y la culpa in vigilando», sino también y sobre todo —aunque no exclusivamente— en la teoría del riesgo[36], otras reconocen incluso que ésta no significa el reconocimiento de un criterio exclusivamente objetivo de la responsabilidad, pues «cuando se alude a la teoría del riesgo o se invoca el principio cuius commoda eius damnum, no se está aludiendo a la una responsabilidad objetiva, en su auténtico sentido»[37]. Hay ejemplos disidentes, pues, en los que la jurisprudencia penal, aun hablando de responsabilidad cuasi-objetiva, procura moderar sus tesis[38].

En otros casos, también del art. 120.3.º, el Alto Tribunal entiende incluso necesario verificar determinada relación de causalidad, vinculada con la existencia o inexistencia de medidas de

---

[34] Precisamente por este motivo, para MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 10.ª ed., 2019, p. 594, no es automática la responsabilidad civil subsidiaria establecida en el art. 120.3.º en la medida en que la jurisprudencia la fundamenta en la infracción del deber de diligencia, en la llamada *culpa in eligendo* (al elegir a los empleados) y en la *culpa in vigilando* (al supervisar su actuación). Con ello, entienden, se evita un excesivo objetivismo de la responsabilidad civil en estos casos, sobre todo porque lo que se contempla aquí son hechos punibles cometidos en el establecimiento y no por personas que en él trabajan, que se recoge en el art. 120.4.º.

[35] STS, 5100/2013, Penal, de 7 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5677).

[36] Véase STS, 525/2005, Penal, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2005:2608).

[37] STS, 1828/1992, Penal, de 2 de junio.

[38] Véase también SSTS, 778/2015, Penal, de 18 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:5266), 532/2014, Penal, de 28 de mayo (ECLI:ES:TS:2014:2689), 213/2013, Penal, de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2013:1321), entre otras.

prevención: «La doctrina entiende que la infracción de los reglamentos ha de tener una relación simplemente adecuada, de manera que el resultado se vea propiciado por ella. Sobre la base de la infracción causal primera del responsable subsidiario, se incrusta o interfiere una intervención delictiva dolosa o imprudente de un tercero -autor material del hecho-. Con acierto se apunta que esta relación de ocasionalidad necesaria entre infracción y hecho punible no equivale, al menos en todo caso, a relación de causalidad entre infracción y daño, no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el art. 120.3, el proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular trascendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél. En todo caso ha de constatarse una conexión causal -más o menos directa- entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula. Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectivación de la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad»[39].

II. Por su parte, si atendemos a la jurisprudencia específica del art. 120.4.º, aun cuando aquí es más fácil encontrar sentencias que directamente insisten en una responsabilidad civil objetiva, también observamos resoluciones, no demasiado antiguas, que, de todas formas, hacen expresas referencias a la necesidad de culpa: «(…) la entidad financiera actuó pasiva y negligentemente al no controlar las actividades de su interventor lo que nunca puede dar lugar a la exclusiva responsabilidad del sujeto delictivo, sino que debe compartirse por los mecanismos de la culpa in vigilando o in eligendo, que parece, con meridiana claridad, en los hechos probados»[40].

O también, esgrimiendo argumentos plenamente alineados con los programas de cumplimiento: «Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectuación de la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad (…)»[41]. Y en el mismo sentido: «Lo relevante es que la persona elegida para desempeñar una determinada función actúe delictivamente precisamente en el ejercicio de dichas funciones (culpa in eligendo), y las desarrolle con infracción de las normas penales sin que los sistemas

[39] STS, 357/2013, Penal, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2598); también STS 963/2010, Penal, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2010:5628). Y así, en cuanto a la responsabilidad del titular de establecimientos en los que se comete el delito, la jurisprudencia de la Sala Segunda sintetiza los requisitos de aplicación (SSTS, 504/2010, Penal, de 17 de mayo (ECLI:ES:TS:2010:2978); 108/2010, Penal, de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2010:757); 204/2006, Penal, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:957)) exigiendo: «a) que se haya cometido un delito o falta; b) que tal delito o falta se haya cometido en un establecimiento dirigido por el sujeto pasivo de dicha pretensión; c) que se haya infringido un reglamento de policía o alguna disposición de la autoridad, entendidos estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate (abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros); d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados; e) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cometido de modo que estos no se hubieran podido producir sin dicha infracción (nexo de causalidad, operativo, eficaz y eficiente)».

[40] Véase, por todas, STS, 413/2015, Penal, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2015:3177).

[41] STS, 168/2017, Penal, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:1034).

ordinarios de control interno de la empresa los detecte (culpa in vigilando) (...)»[42].

III. De este modo, la práctica y la teoría en torno a la responsabilidad civil *ex delicto*, resultan contradictorias en no pocas ocasiones, existiendo —como decimos— algunas resoluciones, siquiera sea minoritarias, que apuntan a la solución aquí propuesta o que al menos son plenamente compatibles con ella. Por un lado, de la mano de la teoría del riesgo, sin llegar al punto de objetivar completamente la responsabilidad; por otro, utilizando la infracción de reglamentos o recordando que hubo culpa.

En ocasiones, por tanto, bastaría con aplicar de verdad lo que la jurisprudencia dice, aunque por lo general no se haga: no es posible acudir a criterios objetivos puros a la hora de sentenciar, sino que es necesario verificar al menos ciertas dosis de culpa o negligencia —ausencia de control, por utilizar términos de cumplimiento más próximos al art. 31 *bis*—, o de conducta antireglamentaria, a la hora de determinar sobre la eventual responsabilidad civil *ex delicto*.

3.4. Cuarta razón: en verdad, simplemente hay que respetar el tenor literal del núm. 3.º del art. 120 CP, y realizar una interpretación sistemática del núm. 4.º

I. Poco pedimos: al menos que se aplique el tenor literal de los preceptos. Y así, el art. 120, *v.gr.* en su modalidad del n.º 3.º,[43] exige una serie de requisitos que lo único que habría que hacer es respetarlos. Veámoslo.

Empero, comoquiera que únicamente para el art. 120.1.º introduce los vocablos "culpa o negligencia", entiende la doctrina mayoritaria —equivocadamente, en nuestra opinión—, que para el resto no es necesario verificar esos grados de culpa.[44] Así, estas posiciones tradicionalmente vienen negando la posibilidad de que el presunto responsable pueda probar que actuó con diligencia.

Pues bien, si acudimos a una *interpretación literal* de la norma, lo cierto es que, si bien los apartados 2.º a 5.º del art. 120 no hablan de culpa, tampoco establecen desde luego una responsabilidad civil objetiva. Ninguno de esos apartados determina una responsabilidad civil subsidiaria "automática como consecuencia del riesgo generado", o "con independencia de que hubiese controles o no", por ejemplo. La interpretación literal tampoco permite admitir que nos encontramos ante responsabilidades "pese al establecimiento de medidas de control" o "pese a la acreditación de la diligencia debida". No podía ser de otro modo, pues ya hemos visto que ni el orden civil ni el penal admiten tal posibilidad.

II. Antes bien, una *interpretación sistemática* impide una responsabilidad objetiva en los términos pretendidos por ciertas resoluciones. Desde luego es así ya incluso desde un punto de vista *intra-*

---

[42] STS, 467/2018, Penal, de 15 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:4033).

[43] En el mismo sentido el anterior precepto: Art. 21 CP 1973: «Son también responsables civiles, en defecto de los que sean criminalmente, los posaderos, taberneros y cualesquiera personas o empresas, por los delitos o faltas que se cometieren en los establecimientos que dirijan, siempre que por su parte o la de sus dependientes haya intervenido infracción de los reglamentos generales o especiales de policía que esté relacionada con el hecho punible cometido».

[44] Véase YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, 1997, p. 181; cfr. BAJO FERNÁNDEZ, «Fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria del art. 22 del Código penal. Importancia de su determinación (sentencia de 22 de noviembre de 1976)», *RdPu*, (72), 1978, pp. 707 ss.

sistemático, del propio art. 120: ¿qué sentido tiene que en el art. 120.1.º se exija ausencia de diligencia, pero no para la persona jurídica respecto de empleados para los casos de los arts. 120.3.º y 4.º?; ¿qué argumento jurídico podría avalar la coexistencia de tales antinomias?, ¿no es posible igualmente excluir de supuestos como el art. 120.2.º los casos en los que no se haya podido evitar que alguien aproveche el medio en cuestión para delinquir?[45]

Aún más claro es desde una perspectiva *extra-sistemática*, ya fuera de las fronteras del art. 120 pero dentro del Código Penal. En efecto, carece por completo de sentido que, desde la incorporación del art. 31 bis al Código Penal, y más en concreto desde la reforma operada por la LO 1/2015, la responsabilidad penal de la persona jurídica encuentre fundamento en la ausencia de control, pero sin embargo se pretenda que tal circunstancia carezca de trascendencia para determinar la responsabilidad civil derivada de ese mismo delito, máxime si, como veremos en el siguiente epígrafe, existe toma de razón en el programa de cumplimiento incluso de riesgos civiles. El sistema se cierra, también, con el art. 31 bis, y todo lo que no sea dar buenas razones para su exclusión del debate, es pura arbitrariedad.

Una cosa es que se pretenda que la responsabilidad civil subsidiaria sea muy amplia, y otra que sea tan amplia que ni tan siquiera tuvieran que concurrir los presupuestos del art. 120 CP. El ámbito penal no puede estar libre de cualquier atadura, incluso hasta del propio precepto que la establece, de tal modo que simplemente se trata de que alguien pague, máxime si se trata de un banco o una gran empresa solvente. Por eso, tienen toda la razón las sentencias que directamente vinculan la responsabilidad civil del art 120.3.º con el deber objetivo de cuidado de la empresa sobre el cumplimiento de los reglamentos y normativa por parte de sus empleados: «El eje central de la acción que acoge el art. 120.3 del CP es la infracción de las prescripciones reglamentarias o de consagrado uso que regulan las actividades que tienen lugar en el seno de los establecimientos o empresas. Estas personas, naturales o jurídicas, que los regentan han de ser conscientes del deber de velar por la observancia de las mismas»[46]. Y el hecho de que el número 4.º[47] no exija expresamente tal infracción de reglamentos, es, hoy día, irrelevante: para eso está el art. 31 bis del mismo Código, para complementar el número 4.º en interpretación sistemática: ¿Para qué, si no, existe, precisamente, la denominada interpretación sistemática en Derecho?

III. En suma, una interpretación sistemática conduce al rechazo de postulados conforme a los cuales supuestamente no sería posible considerar exonerantes los programas de cumplimiento, pues si bien ello no aparece mencionado en el art. 120. 4.º[48], desde luego resultaría contradictorio y asistemático dejar de lado el art. 31 bis, injustificadamente.

---

[45] QUINTERO OLIVARES/CAVANILLAS MÚGICA/DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, 2002, pp. 711; de otra opinión, MAGALDI PATERNOSTRO, «Algunas cuestiones en torno a la llamada responsabilidad "civil ex delicto"», *AAJLC*, 2018, p. 102, quien piensa por el contrario que una radio o televisión que permite entrar en directo a cualquier persona, conoce y acepta en aras a la audiencia (pensando en los conocidos «programas basura») el riesgo de lesión de intereses jurídicos de terceros.

[46] STS, 49/2020, Penal, de 12 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:332).

[47] Ídem, el anterior precepto: Art. 22 CP 1973: «La responsabilidad subsidiaria que se establece en el art. anterior será también extensiva a las personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio».

[48] GUILLÉN SORIA/LAMO RUBIO/SOTO NIETO/GARCÍA VICENTE, *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, 1998, p. 225.

3.5. Quinta razón: ¿y si el programa de cumplimiento es evidente que exonera? ¿Condenamos no obstante?

I. Los programas cumplimiento pueden ser amplios. Amplísimos. Todo lo amplios que el empresario desee; el esfuerzo de prevención que la persona jurídica desee implementar está a su disposición. Cuanto más amplios mejor. Motivo éste de alegría para el legislador, y para todos los operadores jurídicos.

Y así, el programa, puede tener dos extensiones, que siempre serán bienvenidas —y que los objetivistas de la responsabilidad civil no pueden obviar—: (i) tratar de evitar delitos que ni siquiera sean punibles respecto de la persona jurídica: así, un programa de cumplimiento que trate de evitar accidentes laborales, por ejemplo, o daños a terceros —lesiones—; y (ii) un programa que intente impedir que acontezcan ilícitos incluso en los ámbitos civil o administrativo, mediante directas disposiciones (y sanciones) en sus políticas internas; de tal modo que, los programas de cumplimiento pueden estar diseñados para exonerar precisamente también la responsabilidad civil, es decir, pensados para controlar y abarcar la responsabilidad civil, de propósito.

II. Basta imaginar y no es difícil programas que contemplan —suele ser habitual— intimidad personal y familiar (protección de datos), discriminación, problemática laboral, riesgos fiscales (administrativos, no necesariamente penales), salud y bienestar, medioambiente, etc., por citar sólo algunos de ellos. En tales casos, el empresario tiende a acudir a las respectivas normas sectoriales a partir de las cuales identifica la frontera entre lo permitido y lo prohibido. En muchos casos es, de hecho, la propia regulación la que obliga a contar con modelos de cumplimiento específicos, sean o no penales, pues muchos de ellos tienen sus implicaciones civiles o administrativas: para la prevención del blanqueo de capitales, para la prevención de riesgos laborales, para el adecuado control de la información privilegiada, etc. Pero ello, insistimos, no es solo penal, y desde luego puede ser única y simplemente administrativo o civil (o laboral).

No puede ser de otro modo, además, pues la propia jurisprudencia penal suele acudir a la legislación administrativa o laboral, como forma de verificar potenciales incumplimientos con consecuencias penales[49]. Es de hecho una práctica muy extendida cuando nos encontramos ante

[49] Así, podemos verlo, entre otras muchas, y por ver un ejemplo, en la SAP Murcia, Sección 2ª, de 22 de septiembre (ECLI:APMU:2015:1911), que en el marco de un accidente laboral de un trabajador que se cortó varios dedos de una mano con una máquina peladora, comenzaba su análisis: «por lo dispuesto en los arts. 4.2 d), 19.1 ET, según los cuales, en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene (art. 4.2 d) y el trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene y, paralelamente, el empresario está obligado a facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene a los trabajadores que contrata, o cuando cambien de puesto de trabajo o tengan que aplicar una nueva técnica que pueda ocasionar riesgos graves para el propio trabajador o para sus compañeros o terceros, (...). / En el presente caso, y sin perjuicio de las previsiones generales contenidas en el propio Estatuto de los Trabajadores (arts. 4, 5, 19) y en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995 (arts. 14 - Derecho a la protección frente a los riesgos laborales -, 17 - Equipos de trabajo y medios de protección - y 29 - Obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos -), que conforman el sustrato jurídico básico, las concretas normas laborales cuya infracción se imputa a efectos de integrar la norma penal en blanco, tal y como se recogen en la Sentencia de instancia, se contienen en el Real Decreto 1215/1997 de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización para los trabajadores de los equipos de trabajo, especialmente en su punto 1.8 del Anexo I, que ha sido reproducido en la sentencia de instancia. / A partir de tal normativa, de la forma en que se adquirió la máquina

las comúnmente entendidas como normas penales en blanco, para identificar esas posibles responsabilidades penales[50].

Baste pensar, por ejemplo, en el blanqueo de capitales, por ser uno de los prototipos en la práctica forense. Así, el Auto de 18 de abril de 2018 dictado por el Juzgado Central de Instrucción n.º 2 acordaba dirigir el procedimiento contra una determinada entidad financiera tanto (a) *ex* art. 31 bis al carecer la corporación supuestamente «de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa ese delito», como (b) por haber incurrido en defectos estructurales contrarios a las disposiciones de la Ley 10/2010 de PBC y FT y recomendaciones como la guía europea EBA. Y así las cosas, si tomamos como referencia este ejemplo práctico, es obvio que si la referida entidad consiguiese acreditar la inexistencia de incumplimientos graves, no sólo de los requisitos previstos en el art. 31 bis —en el sentido de contar con un programa de control eficaz—, sino también por haber dado efectivo cumplimiento, en este caso a la Ley PBC y FT, los efectos deberían extenderse más allá del ámbito penal: también al ámbito administrativo y a la responsabilidad civil.

¿O pretendería decirse, no obstante, que la responsabilidad civil, contra la que el programa previno, de todas formas, debe seguir un curso cuasi objetivo?

Esta es precisamente la línea adoptada por la futura normativa en materia de *compliance*, y que va a obligar a las compañías a reforzar sus modelos de cumplimiento. Así, entre otras, la Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (*Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence)*, en su art. 22, establece que las compañías responderán civilmente en caso de incumplimiento de las obligaciones de prevención y control, o de que el daño tenga origen un fallo del modelo de cumplimiento. El hecho de que ya empiecen a ser contemplados, directamente, los efectos positivos del establecimiento de modelos de cumplimiento en el ámbito civil, necesariamente deberá ser tenido en cuenta en la jurisdicción penal a la hora de evaluar este tipo de responsabilidades civiles derivadas de delito.

(sin marca, modelo, ni manual de instrucciones); y de los propios actos del acusado previos al accidente, está claro que él mismo conocía la existencia de riesgo de corte en la máquina». Véase también, de esa misma Audiencia Provincial de Murcia, la SAP, Sección 2ª, de 28 de junio (ECLI:ES:APMU:2016:1768).

[50] FEIJÓO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares», *Perspectiva Penal Actual*, (1), 2012, pp. 61 ss., a la hora de determinar el riesgo permitido en el ámbito de las manipulaciones de los mercados financieros, propone recurrir al orden primario —normativa administrativa: LMV y legislación de desarrollo, así como las prácticas de mercado aceptadas por la CNMV. En parecido sentido, véase también BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, 2011, p. 101, 106 ss., que acude igualmente al régimen administrativo en relación al delito de blanqueo de capitales; o GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2015, pp. 128 ss., quien afirma que, en el momento de analizar la posible tipicidad objetiva, «lo primero que se debe analizar es si en el ámbito del delito que se imputa a la persona jurídica existen estándares estatales o de la industria que determinen qué se entiende por una organización correcta. (...) Probablemente un ejemplo paradigmático a este respecto viene dado por la normativa relativa al blanqueo de capitales, que la que se detalla concretamente qué medidas concretas de control debe tener la persona jurídica para evitar o minimizar el riesgo de comisión del precitado delito».

3.6. Sexta Razón: un programa de cumplimiento que no exonerase civilmente, desincentivaría su instauración, justo lo contrario de lo pretendido por el legislador y la jurisprudencia

I. Retornando de nuevo a la hipérbole —porque los empresarios, afortunadamente, no hacen estos cálculos—, operar en contra de lo aquí expuesto, llevaría a que traería más a cuenta al empresario ahorrar para la indemnización civil *ex delicto*, que gastar el dinero doblemente: en la implantación de un adecuado programa de cumplimiento y en ahorrar además para la casi segura indemnización civil *ex delicto*.

Piénsese que, en general, las empresas no delinquen, así que, desde un punto de vista, si se quiere, hasta propagandístico, es más efectivo convencerles desde lo que se podrían ahorrar en indemnizaciones civiles —esas sí, más habituales—, que en multas penales (y, por cierto también, enlazando con el anterior epígrafe, persuadirles igualmente con lo que ahorrarán frente a sanciones administrativas, que en multas penales). El penal siempre se ve muy lejano. Y es lógico.

II. Tan es así, que existen precisamente destacadas resoluciones del Tribunal Supremo, Sala 2ª, que animan a la extensión de los modelos de cumplimiento a riesgos más allá de los generadores de responsabilidad penal corporativa —modelos *ad intra*—, como forma de evitar riesgos de toda índole: «(…) la ausencia de un compliance ad intra en el sector empresarial provoca la existencia de estos delitos de apropiación indebida, estafa, administración desleal y falsedades, como consta en las dos sentencias de esta Sala antes citadas al no poder concebirse la obligación del art. 31 *bis* ss. CP desde el punto de vista ad extra tan solo, para evitar esa responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que el sector empresarial debe ser consciente de que el modelo del cumplimiento normativo lleva consigo una evitación de los tipos penales antes citados al hacer desaparecer los modelos tradicionales de confianza y relaciones personales que en el seno de una empresa degradan "el debido control" entre los órganos operativos que deben ejecutar decisiones en la empresa, tanto gerenciales, y de administración, como económicas y de pagos y cobros, porque está acreditado que la relación de los mecanismos de control en la empresa y el exceso en la confianza por las relaciones personales puede dar lugar en algunos casos a abusos que den lugar a que si la ausencia de control es prolongada, como aquí ha ocurrido, el resultado de la responsabilidad civil sea elevado. (…) / Estos tipos penales antes citados se dan con frecuencia en el sector empresarial auspiciados, precisamente, por la ausencia de mecanismos de control ajenos y extraños a los que conforman la relación entre sujetos que se aprovechan de esas relaciones personales y aquellos que les facultan y autorizan para realizar operaciones que entrañan riesgo para la empresa por la disponibilidad económica y de gestión de quienes los llevan a cabo. Precisamente, el compliance ad intra ajeno a esas relaciones personales y de confianza entre concedentes del poder y sus receptores evitaría, o disminuiría el riesgo de que estas situaciones se produzcan en el seno de las empresas»[51].

De esta manera, si el Tribunal Supremo, con razón, propicia modelos generalistas de cumplimiento, el lógico corolario es la protección igualmente frente a la responsabilidad civil *ex delicto*. De otro modo, sus palabras serían papel mojado. Tiene razón el Tribunal Supremo en la sentencia citada —a la que podríamos añadir otras tantas como las SSTS, 316/2018, Penal, de 28 de junio (ECLI:ES:TS:2018:1768), o 365/2018, Penal, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2947)—, y ello da la razón a la doctrina aquí mantenida: si la sociedad acabase, inexorablemente, siendo considerada responsable civil con el automatismo que se pretende, ¿qué incentivo encontraría

[51] STS, 192/2019, Penal, de 9 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1210).

un empresario que, de todas formas, seguiría pagando (civilmente) por los delitos cometidos por su empleados con independencia de los controles instaurados?

3.7. Séptima razón: si el supuesto fundamento para la objetivación de la responsabilidad civil es una razón de Estado —social (y democrático) de Derecho—, que pague el Estado

I. Como fundamento último para tesis objetivadoras, la jurisprudencia suele hacer referencia a las necesidades para con las víctimas que incumbirían a un Estado social y democrático de Derecho, poniéndose obviamente el énfasis en la parte "social" del mismo.

«La tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad civil subsidiaria» está informada —se dice— «por los principios propios de un Estado Social de Derecho»[52]. O en palabras de otra sentencia: «los criterios tradicionales de la culpa in eligendo o culpa in vigilando» han de ser «complementados y extendidos por la aplicación de otras pautas, que derivan (...) de los postulados de la protección de las víctimas y de la exigencia de un Estado social y democrático de derecho»[53]. O, en fin: «es interesante comprobar cómo el postulado del art. 1902 del Código Civil -propio del liberalismo de la época en que se redacta- basado en el principio según el cual no hay responsabilidad sin culpa, ha venido a ser sustituido, en aras a la creciente exigencia de atención y protección a las víctimas de los delitos por los daños derivados de los comportamientos humanos, por el de que no ha de haber daño derivado de un riesgo previsto sin justa indemnización, más propio de un Estado Social de Derecho proclamado en el art. 1 de la Constitución»[54].

Pero tales loables esfuerzos no autorizan a todo. Y así, aunque asumiéramos que el objetivo último y prioritario es la satisfacción de las víctimas cuando el autor del delito resulta insolvente —y no así la empresa "responsable civil subsidiaria"—, también habremos de admitir, como venimos repitiendo, que es inasumible —y ahora el énfasis es en la parte del Estado democrático de Derecho— una responsabilidad objetiva plena, a la manera de un automatismo sin Derecho. Habrá que buscar alternativas, pues, que concilien las ansias del pronto pago para proteger a las víctimas, y el Derecho a que quien pague realmente lo deba. Y la alternativa es: si al final la función originaria de la objetivación es el Estado social, que pague el Estado.

II. Sin duda que una alternativa podría ser la creación de una suerte de fondos de carácter social que cubrieran los pagos, en los casos que correspondiera. En pocas palabras, un sistema que pagase a las víctimas, pese a la insolvencia del causante y para los casos en los que el supuesto responsable civil subsidiario no fuese tal. Un sistema a la manera del Fogasa y, en sentido parecido, del Frob.

Como es sabido, los fines y actuación del Fogasa están determinados en el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores, como Institución de Garantía de los créditos salariales, con atribuciones para el abono a los trabajadores de salarios e indemnizaciones que las empresas no han podido satisfacer por encontrarse en situación legal de insolvencia o concurso.

La situación correría paralela a nuestros supuestos de hecho: también aquí existe una situación

[52] STS, 510/2007, Penal, de 21 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:3919).

[53] STS, 547/2002, Pena, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2002:2243).

[54] STS, 932/2000, Penal, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2000:4352).

crediticia y acuciante, el resarcimiento *ex delicto*, y también aquí se tiene, según la jurisprudencia "social", un interés de pago; la solución es sencilla, aunque mucho más costosa para el Estado que la cómoda situación actual en la que pagan otros. Costosa, pero consecuente y limpia jurídicamente: sin forzar el Estado de Derecho con responsabilidades objetivas en pos de —un mal entendido— Estado social.

3.8. Octava y última razón: ¿realmente, no estamos ante sanciones?

I. Como es sabido y recuerda el Pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia 185/2014, de 6 de noviembre, «la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, vinculándolo con los arts. 10, 24 y 25 CE [por todas, STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11 b)] (…), ha negado que sea constitucionalmente legítimo un derecho penal "de autor" que determina las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos (por todas, STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4)».

Como también destaca la referida Sentencia del Pleno, el núcleo del principio de culpabilidad radica precisamente en la proscripción de la responsabilidad objetiva: «Al principio de culpabilidad se anuda asimismo la proscripción de la responsabilidad sin culpa o responsabilidad objetiva en el ámbito del ius puniendi, lo que, además de exigir la presencia de dolo o imprudencia, conlleva también la necesidad de determinar la autoría de la acción o de la omisión sancionable (SSTC 120/1994, de 25 de abril, FJ 2; 103/1995, de 3 de julio, FJ 3; y 57/2010, de 10 de octubre, FJ 9; ATC 237/2012, de 11 de diciembre, FJ 3), así como el principio de la responsabilidad personal por hechos propios y no ajenos —principio de la personalidad de la pena o sanción— [SSTC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6; 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3; 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b); 93/1996, de 28 de mayo, FJ 1; 137/1997, de 21 de julio, FJ 5; 125/2001, de 4 de junio, FJ 6; y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 4]». La doctrina constitucional ha perfilado, por tanto, el contenido del principio de culpabilidad, y lo ha vinculado al derecho a la legalidad sancionadora.

Pero la anterior doctrina está igual de clara que inaplicada al ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*. Las sociedades responsables civiles subsidiarias, se diría, no se verían afectadas por tales directrices: no habría derecho penal de autor (en atención a la "personalidad" como responsables civiles subsidiarias de las sociedades), ni habría mayor problema con el objetivismo automático, y la pretendida razón de todo ello sería que no estaríamos en el ámbito del *ius puniendi*, en pocas palabras: ante una sanción.

II. Ello hace que debamos replantearnos en qué términos y con qué alcance debe extenderse el principio de culpabilidad a la responsabilidad civil *ex delicto*, particularmente en los supuestos en que tales responsables son personas jurídicas.

Y así, la condición de persona jurídica supone un componente de adicional relevancia. Y es que, el Tribunal Constitucional en su sentencia 246/1991, de 19 de diciembre, puso de manifiesto que el principio de culpabilidad no impedía «que nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas».

Por otro lado, la relación del principio de culpabilidad con la persona jurídica, y su proyección sobre la responsabilidad civil derivada de delito, presenta especial trascendencia constitucional dada también la novedad que ha supuesto la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a partir de la LO 5/2010 de reforma del Código Penal.

Dudas sobre dudas, en orden a que pretendidamente la responsabilidad civil subsidiaria de una persona jurídica pueda ser de carácter objetivo, pues ello parece estar en flagrante contradicción con el principio de culpabilidad, siquiera sea con este particular para las personas jurídicas.

III. El nuevo régimen penal de las personas jurídicas demuestra a las claras que un sistema de responsabilidad civil subsidiaria objetivo es incompatible con el Derecho Fundamental a la legalidad sancionadora del art. 25 de la Constitución, en su vertiente del principio de culpabilidad. Como apuntábamos al inicio de este trabajo, resulta absurdo, asistemático, ilógico y contrario a la igualdad, que una persona jurídica —por así decir— más cercana o próxima al resultado lesivo, como sería una persona jurídica con supuesta responsabilidad penal, tenga todas las posibilidades de distanciarse de su responsabilidad penal que le brinda el art. 31 bis del Código Penal; y, por el contrario, precisamente una persona jurídica más alejada o subsidiaria respecto de ese mismo resultado lesivo, resulta que no pueda distanciarse del mismo, porque su responsabilidad sea supuestamente objetiva, cuasi objetiva, objetiva ponderada, etc., como se quiera llamar, pero en todo caso, de peor condición que la persona jurídica responsable civil directa porque lo es también incluso desde un punto de vista penal.

Dicho brevemente: una persona jurídica a la que se acusa de algo menor, subsidiario, no penal, únicamente civil, que no se le acusa de haber cometido delito, resulta que es de peor derecho que la persona jurídica a la que se acusa de haber cometido el delito, y ello pese a que la sistemática de defensa puede ser la misma: haber previsto en su programa de cumplimiento los riesgos penales y civiles, respectivamente. No queremos decir que la persona jurídica acusada de delito *ex* art. 31 bis del Código Penal deba tener menos derechos fundamentales que las personas jurídicas acusadas de responsabilidad civil subsidiaria. No queremos igualar por abajo. Queremos igualar por arriba —en garantías—, pues ello es lo único respetuoso con el Derecho Fundamental que venimos invocando: las personas jurídicas acusadas de responsabilidad civil subsidiaria deben tener al menos las mismas garantías que las acusadas de delitos, si la base de la imputación es los supuestos déficits o no en los programas de cumplimiento. Si el programa de cumplimiento normativo tiene previstos y prevenidos los riesgos civiles, no hay razón para que ello no sea así.

IV. Y estas garantías, como es sabido, son numerosas y han sido recordadas de forma clara ya desde sus primeras e incipientes sentencias por la jurisprudencia del art. 31 bis del Código Penal, sin dudarlo, y sin hablar, como no podía ser de otra forma, de responsabilidad penal objetiva, ni cuasi-objetiva, ni objetiva ponderada, etc., para las personas jurídicas.

Así, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en su primera sentencia sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, la tantas veces citada 154/2016, de 29 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:613), dictada por todos los miembros en Pleno de la Sala de lo Penal, ha dejado claro que las corporaciones tienen los mismos derechos y garantías que las personas físicas[55]. Por ello, tras esta declaración

[55] En esta sentencia citada de 29 de febrero de 2016, se trataba de un supuesto en el que se ventilaba nada más y nada menos que la pena de disolución impuesta a una empresa, por haber sido utilizada en un tráfico de drogas: «De manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente Recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un

de principios, de la totalidad de los Magistrados —la disidencia en el Voto Particular se refiere a otros extremos, no a éste—, la pregunta es obvia: ¿y por qué no habría de extenderse a la responsabilidad civil subsidiaria?, ¿qué razón supuestamente autorizaría a que ese otro título de imputación —civil subsidiario— tenga menos garantías —responsabilidad objetiva, en definitiva— que el resto de las personas jurídicas en el proceso penal (las acusadas penalmente), cuando precisamente, el título de imputación se supone que es menor o subsidiario, pero el empresario ha incluido expresamente esos riesgos civiles en su programa de cumplimiento? Piénsese, por lo demás, que el sistema de penas que se puede imponer a las personas jurídicas es variado, pero el más habitual es y será la multa, es decir, una sanción pecuniaria, igual de pecuniaria que la sanción por razón de la responsabilidad civil subsidiaria.

Es claro que las empresas deben responder penalmente si queda constatada «la comisión de un delito por parte de (una) persona física integrante de la organización», y a la vez la persona jurídica ha incumplido la «exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan o intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización»[56]; ¿por qué habría de regir algo diferente para la responsabilidad civil, y, sobre todo, cómo va a regir algo diferente para la responsabilidad civil de la empresa condenada penalmente —responsable civil directa— por un lado —todas las garantías de defensa—, frente a la ausencia de garantías y oportunidades de defensa de la responsabilidad civil indirecta o subsidiaria, por otro?

V. Aquella primera sentencia y el voto particular polemizaban sobre si correspondería a la acusación probar la inexistencia en la empresa de una "*cultura de respeto por el Derecho*", es decir, la ausencia de un programa o sistema de prevención[57]. Sin embargo, la siguiente sentencia de la

proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta».

[56] «(...) la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 párr. 1.º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica».

[57] Por su parte, los Magistrados del voto particular opinan que ello quizás deba ser matizado, y que, en todo caso, tal cuestión no está todavía decidida definitivamente: la consideración de la minoría —aunque muy cualificada— de la Sala es que no debiera imponerse «a la acusación la acreditación de hechos negativos (la ausencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito), sino que corresponde a la persona jurídica alegar su concurrencia»; en otras palabras, el voto particular entiende que es la empresa la que debe aportar la prueba de lo que se ha venido en llamar su programa de *compliance*, mientras la mayoría apuesta porque sea la acusación la que demuestre que tal sistema de prevención no era eficaz. Y decimos que esta cuestión corre paralela a la temática que este primer Motivo de amparo está tratando, porque de forma similar al Voto particular de la sentencia de 29 de febrero de 2016, la jurisprudencia da por sentada —objetivamente— la responsabilidad civil subsidiaria, con un "*objetivismo ponderado*" se dice últimamente, y la ponderación reside precisamente en que exista prueba en contrario por parte de la defensa, en cuyo caso no habría que condenar por responsabilidad civil subsidiaria. En pocas palabras, el supuesto responsable civil subsidiario siempre lo es, a salvo de que precisamente prueba lo contrario, igual que pretendía el Voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016.
Para el voto particular el tratamiento que el tenor literal del art. 31 bis CP hace de los sistemas de control como

Sala 2ª, la 221/2016, de 16 de marzo, ya sin votos particulares, ha aclarado esta cuestión dejando constancia de que efectivamente ha de ser así, sin que puede objetivarse esta cuestión: lo mismo que venimos sosteniendo nosotros aquí en el sentido de que no puede objetivarse tampoco en modo alguno la responsabilidad civil subsidiaria de las empresas[58].

Si la sociedad mercantil alega como "eximente" tener el programa de cumplimiento —que puede ser tanto para cubrirla de responsabilidad penal o de responsabilidad civil, pues no hay ningún precepto que autorice a un tratamiento diferente—, no es cierto que la acusación deba probar un hecho negativo: deberá probar que el alegado programa —la alegada "eximente"— no ha sido eficaz, y ello con los elementos probatorios que tenga a su alcance, pues es siempre la acusación quien debe probar el delito o en su caso la responsabilidad civil directa o subsidiaria, según proceda, sin que quepan atajos probatorios como que se trata de responsabilidad civil subsidiaria cuasi-objetiva.

Cosa distinta es que, tras dicha prueba presentada por la acusación —o principio de "prueba" pues tal situación se producirá habitualmente en la instrucción de la causa—, la defensa que quiera exonerarse deba aportar por ejemplo el completo programa de cumplimiento, sus normas, su acreditación de la formación a los trabajadores, sus revisiones, etc., o las explicaciones que correspondan respecto de la responsabilidad civil subsidiaria, pero ello —insistimos— tras la presentación de indicios por parte de la acusación, de tal modo que —tras ellos, y nunca al revés— sólo entonces no se estará ante una inversión de la carga de la prueba hacia la defensa, sino ante el normal desenvolvimiento del juego de indicios y contraindicios en el proceso penal.

"eximente" parece obligarles a desplazar dichos sistemas de la cualidad —en el tipo objetivo— de la que quiere dotarlos la mayoría de la Sala como piedra angular de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; tanto desplazamiento —por no decir arrinconamiento—, que la consecuencia lógica de lo expuesto en el voto particular —esto lo añadimos nosotros— sería que la responsabilidad de la empresa vendría apuntada ya —existiría tipicidad— si un administrador o trabajador comete un delito en su seno, y el tener un programa de prevención de delitos es —a modo de eximente— el último resquicio para evitar la pena: la empresa deberá probar que el delito de su empleado se cometió pese a tal sistema de prevención de ilícitos penales. Como se ve, exactamente igual que quiere hacer ver la jurisprudencia —erróneamente, a nuestro juicio— respecto de la responsabilidad civil subsidiaria: se es responsable en principio —responsabilidad cuasi-objetiva, objetivismo ponderado—, salvo que se logre probar alguna excepción.

[58] STS, 221/2016, Penal, de 16 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:966): «La Sala no puede identificarse -insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica- con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción iuris tantum de que ha existido un defecto organizativo. Y para alcanzar esa conclusión no es necesario abrazar el criterio de que el fundamento de la responsabilidad corporativa no puede explicarse desde la acción individual de otro. Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el ius puniendi del Estado. (…) La imposición de penas a las personas jurídicas como la multa, la disolución y pérdida definitiva de su personalidad jurídica, la suspensión, la clausura de sus locales y establecimientos, la inhabilitación y, en fin, la intervención judicial (art. 33.7 del CP), exige del Fiscal, como representante del ius puniendi del Estado, el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuando ésta tenga como destinataria a una persona física».

Ejemplificativamente: en el asunto Argentia Trust[59], por citar un conocido caso en el que se debatió la carga de la prueba, la acusación no tuvo que probar el hecho 'negativo' de la 'falta' de trabajos realizados que justificaran la facturación del dinero —pues en efecto un hecho negativo no puede ser probado—, sino que se requirió a la acusación la prueba "positiva" de que el dinero salió de la entidad bancaria, la prueba 'positiva' de que las actas del Consejo de Administración no contenían la aprobación —"positiva"— del pago, etc., es decir, la positiva presentación de los indicios, que no fueron contradichos por explicaciones o contraindicios que la defensa, entonces sí, pero sólo entonces, debió haber presentado si quería exonerarse.

Con ello, nada se está añadiendo irregularmente al art. 120 del Código Penal, que no se añada a cualquier otro precepto del Código: al "matare a otro" del art. 138 del Código Penal también ha de ser adicionado que el comportamiento ha de caer allende de los casos de riesgo permitido, pues existen muertes que pueden ser conectadas causalmente a un sujeto, y de las que en cambio no responde, por ejemplo, en los casos de ausencia de imputación objetiva por auto-puesta en peligro, por acciones neutrales o porque el causante pueda ampararse en el principio de confianza. Nada puede objetivarse —ello conduciría a la denostada responsabilidad objetiva— y no existe ni un solo precepto que autorice a hacerlo tampoco para la responsabilidad civil subsidiaria.

Frente a la tradicional objetivación de la responsabilidad civil subsidiaria, la redacción del art. 31 bis del Código Penal debe ser entendida como una llamada de atención, en términos exonerantes también civiles —quien puede lo más, puede lo menos—; un pretendido objetivismo ha quedado francamente obsoleto y choca frontalmente con las nuevas corrientes del Derecho penal económico y de la empresa.

También a la persona física, igual que a las jurídicas hoy día, se le exige que, como correlato a su libertad de organizar, prevenga resultados lesivos en relación a tipos penales, y no por ello se dice que el responsable persona física deba responder civilmente de una forma cuasi-automática; no hay precepto alguno que establezca este tipo de excepciones. Abogar por la excepcionalidad sería una opción que, de ser consecuentes, sólo podría correr paralela a una similar intención respecto de la imposición de deberes de prevención a las personas físicas.

4. Resumen de conclusiones

Resumiendo lo dicho, sometemos a discusión científica las siguientes tesis:

I. En el ámbito que hemos querido que nos ocupe, el de la denominada responsabilidad civil *ex delicto*, las conclusiones de algún sector conducen a que no haya prácticamente margen de defensa: ante el delito de un empleado o directivo, en demasiadas ocasiones se pretende, de forma casi maquinal y automática, que la sociedad mercantil sea responsable civil subsidiaria. Sin más. Hasta la terminología es de despótica anticipación. Se habla de *la sociedad responsable civil subsidiaria*, sin peros, como con prisas por llegar a la condena: ese es el uso forense plenamente asentado; en resoluciones y escritos —«*dese traslado a la responsable civil subsidiaria para calificación*»—, en estrados —«*tiene la palabra la defensa de la responsable civil subsidiaria*»—, y hasta antes de ellos, en el pasillo, cuando el agente judicial llama a las distintas partes al juicio —«*¿el responsable civil subsidiario, está?*»—, etc. Más allá de lo terminológico, hay incluso posiciones muy consolidadas que impiden a la defensa *de la responsable civil subsidiaria*, que

[59] STS, 224/1998, Penal, de 26 de febrero.

cuestione el *factum* que supuestamente daría lugar, de haberse producido, a su responsabilidad.

Los partidarios de lo anterior apenas si lo explicitan: cuando uno busca la justificación, descubre que unas sentencias remiten a otras —«*como ya tiene dicho la jurisprudencia de esta Sala…*»—, esas otras a otras y así *ad infinitum*; una suerte de anclaje inamovible en el pasado, como si la verdadera y única justificación fuese realmente que la jurisprudencia dice haberlo hecho así siempre.

II. La tesis del trabajo ha sido clara y la repetimos una vez más: un programa de cumplimiento preventivo y eficaz logra el mantenimiento de la persona jurídica en el ámbito del riesgo permitido, de manera que ni le serán imputables responsabilidades penales, ni —por lo que a nuestro estudio interesa— le serán atribuibles responsabilidades civiles subsidiarias objetivamente, cuando en su programa la empresa haya comprobado esta clase de riesgos civiles, lo cual no resultará complicado.

III. El trabajo ha dado hasta ocho razones que justifican la anterior conclusión:

1.ª Hay que tomar razón, pero de verdad, de un axioma que es tan repetido e indiscutido como, a lo que se ve, en gran parte inaplicado: la responsabilidad civil *ex delicto* —directa o subsidiaria— no pierde su carácter civil por el hecho de que sea pedida dentro de un proceso penal. Es evidente que resultaría absurdo que los órganos no especializados en el ámbito civil (los jueces y tribunales de lo penal) dieran un tratamiento distinto a la pretensión, distinto al que precisamente darían los órganos especializados (los civiles). Máxime, cuando históricamente parece que una de las principales razones —o incluso quizás la única— para el tratamiento conjunto de lo civil en el proceso penal español, una *rara avis*, obedece a una motivación sin peso jurídico alguno: a que los primeros códigos penales del proceso codificador fueron ya los de temprana fecha de 1822, 1848 y 1870, es decir, anteriores al primer Código Civil que fue de 1889, de suerte que, como la materia penal codificada no tenía todavía un correlato civil al que poder remitirse, la decisión fue incluir unas breves pautas reguladoras de las cuestiones civiles en el propio Código Penal. Y hasta hoy.

Pues bien, la jurisprudencia civil de la responsabilidad civil *ex delicto*, es decir, la jurisprudencia especializada, dispone que dicha responsabilidad no es objetiva, ni mucho menos. Más que una cuestión de objetividad, es una cuestión de carga de la prueba. La jurisdicción civil admite la práctica de pruebas liberatorias del empresario siempre y cuando acrediten un comportamiento diligente. Conforme a la teoría del riesgo construida por la Sala 1ª del Tribunal Supremo, no es que la sociedad responda siempre y en todo caso, como parece haber (mal)interpretado la jurisdicción penal, sino que, o bien ha de probarse su negligencia, o bien, para actividades extraordinariamente peligrosas y en una suerte de posición de garante por injerencia, acontece una inversión de la carga de la prueba con presunción *iuris tantum* de la culpabilidad de la empresa o sujeto que creó tales riesgos, en tanto no acredite que obró con la diligencia debida para evitar o prevenir el daño. No más.

2.ª En todo caso, aunque entendiésemos —con una cierta minoría discrepante— que todas las normas, incluyendo las que disciplinan la responsabilidad civil *ex delicto* establecidas en el Código Penal, deben participar de la función propia de esta otra rama del ordenamiento jurídico, mayor motivo tendremos para atacar una responsabilidad civil automática y vicaria en esta última jurisdicción. En efecto, si ya hemos visto que resulta improcedente aceptar la objetivación automática de la responsabilidad civil delictual por ser incompatible con los principios y

fundamentos propios del Derecho civil, con más razón deberíamos rechazarla en el supuesto de admitir que aquella se ampara en fundamentos penales, pues precisamente lo que el art. 31 bis ha proclamado es que la responsabilidad penal de la persona jurídica queda exonerada si sus programas de cumplimiento son eficaces.

3.ª La jurisprudencia penal ha apuntado, aunque muy tímidamente, la solución exonerante civil de los programas de cumplimiento. Y así, a pesar de la consolidada tendencia objetivadora, es cierto que la jurisprudencia penal, bien leída, en ocasiones también ha rechazado un objetivismo acerbo, en particular respecto del art. 120.3.º CP. Hemos citado *supra* numerosos ejemplos de ello; a ellos nos remitimos. Aunque en menor medida, también hay supuestos en el mismo sentido respecto del art. 120.4.º CP.

4.ª La solución que aquí proponemos, supone simplemente respetar el tenor literal del núm. 3.º del art. 120 CP, así como realizar una interpretación sistemática del núm. 4.º, junto al art. 31 bis. Poco pedimos: al menos que se aplique el tenor literal de los preceptos. Y así, el art. 120, *v.gr.* en su modalidad del n.º 3.º, exige una serie de requisitos, en particular la infracción de reglamentos, que deben ser respetados en la aplicación del precepto. Y del número 4.º del mismo artículo, otro tanto: desde una perspectiva *sistemática*, ya fuera de las fronteras del art. 120 pero dentro del Código Penal. Carece por completo de sentido que, *ex* art. 31 bis, la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica encuentre fundamento en la instauración de controles, pero sin embargo se pretenda que tal circunstancia carezca de trascendencia para determinar la responsabilidad civil derivada de ese mismo delito.

5.ª Los programas cumplimiento pueden ser amplios. Amplísimos. Todo lo amplios que la empresa desee; el esfuerzo de prevención que la persona jurídica desee implementar está a su disposición. Cuanto más amplios mejor. Motivo éste de alegría para el legislador, y para todos los operadores jurídicos.

Así las cosas, el programa puede tener, entre otras, como extensión, intentar impedir que acontezcan ilícitos incluso en los ámbitos civil o administrativo, mediante directas disposiciones (y sanciones) en sus políticas internas. En estos casos, en los que los programas de cumplimiento estén diseñados para exonerar precisamente también la responsabilidad civil, ¿qué hacemos, condenamos no obstante? ¿Les damos ese triunfo inmerecido a las tesis objetivistas de la responsabilidad civil?

6.ª Otra razón: si los programas de cumplimiento no exonerasen civilmente, ello desincentivaría radicalmente su instauración, justo lo contrario de lo pretendido por el legislador y jurisprudencia. Existen precisamente destacadas resoluciones del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, que animan a la extensión de los modelos de cumplimiento a riesgos más allá de los generadores de responsabilidad penal corporativa —modelos *ad intra*—, como forma de evitar riesgos de toda índole. De esta manera, si el Tribunal Supremo, con razón, propicia modelos generalistas de cumplimiento, el lógico corolario es la protección igualmente frente a la responsabilidad civil *ex delicto*. De otro modo, sus palabras serían papel mojado.

7.ª Como fundamento para tesis objetivadoras, la jurisprudencia suele citar necesidades para con las víctimas que incumbirían a un Estado social y democrático de Derecho, poniéndose obviamente el énfasis en la parte "social" del mismo. Hemos reproducido *supra* ejemplos de ello.

Pues bien: incluso si aceptásemos que al final el único fundamento —pretendido— para la

objetivación de la responsabilidad civil es una razón de Estado —social (y democrático) de Derecho—, pues —perdónesenos— que pague el Estado. Debe plantearse en el debate seriamente, como alternativa, la creación de una suerte de fondos de carácter social que cubrieran los pagos, en los casos que correspondiera. En pocas palabras, un sistema que pagase a las víctimas, pese a la insolvencia del causante y para los casos en los que el supuesto responsable civil subsidiario no fuese tal. Un sistema a la manera del Fogasa y, en sentido parecido del Frob.

8.ª Frente a la tradicional objetivación de la responsabilidad civil subsidiaria, la redacción del art. 31 bis del Código Penal debe ser entendida como una llamada de atención, en términos exonerantes también civiles —quien puede lo más, puede lo menos—; un pretendido objetivismo ha quedado francamente obsoleto y choca frontalmente con las nuevas corrientes del Derecho penal económico y de la empresa.

5. Bibliografía

De Ángel Yágüez (1995), *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Cívitas, Madrid.

Bacigalupo Zapater (2011), *Compliance y Derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor.

Bajo Fernández (1978), «Fundamento de la responsabilidad civil subsidiaria del art. 22 del Código penal. Importancia de su determinación (sentencia de 22 de noviembre de 1976)», *RdPu*, (72), pp. 707 ss.

Bajo Fernández/Bacigalupo Sagesse (2010), *Derecho penal económico,* 2010, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

Berdugo Gómez de la Torre/Arroyo Zapatero/Ferré Olivé/Serrano-Piedecasas (2007), *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor.

Díez Picazo (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.

Feijóo Sánchez (2012), «Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares», *Perspectiva Penal Actual. Revista de investigaciones jurídico-penales*, (1), 2012, pp. 61 ss.

García-Pablos de Molina (2000), *Introducción al Derecho Penal*, Ramón Areces, Madrid.

Gómez-Jara Díez (2016), «El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora», *La Ley*, (8724), pp. 1 ss.

———(2016), «Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La Ley*, (8830), pp. 1 ss.

———(2015), «Fundamentos de la responsabilidad de las personas jurídicas», en Bajo Fernández/Feijóo Sánchez/Gómez-Jara Díez, *Tratado de la responsabilidad penal de las*

personas jurídicas, 2ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor.

————(2015), «El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor.

GUILLÉN SORIA/LAMO RUBIO/SOTO NIETO/GARCÍA VICENTE (1998), *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Bosch, Madrid.

HORTAL IBARRA (2014), «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo "resolver" la cuadratura del círculo», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (4), pp. 1 ss.

LARA ORTIZ (2013), «Responsabilidad civil derivada de delito, ¿base para la construcción de la responsabilidad de las personas jurídicas?», *Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, (8), pp. 1 ss.

LLAMAS POMBO (2004), «La mal llamada (y peor entendida) responsabilidad civil ex delicto», *Práctica de Derecho de Daños-La Ley*, (19), pp. 1 ss.

MAGALDI PATERNOSTRO (2011), «De la responsabilidad civil y su extensión. Arts. 109 a 115», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal Parte General*, Marcial Pons, Madrid.

MAGALDI PATERNOSTRO (2018), «*Algunas cuestiones en torno a la llamada responsabilidad "civil ex delicto"*», *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, (7), pp. 91 ss.

MAGRO SERVET (2020), «*La responsabilidad civil subsidiaria de la empresa del art. 120 CP en los casos de eficaces programas de cumplimiento normativo*», *La Ley Compliance Penal*, (1), pp. 1 ss.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2019), *Derecho penal. Parte General*, 10.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC (2020), *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ORTIZ NAVARRO/ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ/QUINTANAR DÍEZ (dir.) (2020), *Elementos de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PACHECO (1881), *El Código Penal*, t. I, 5.ª ed., Imprenta y Fundación de Manuel Tello, Madrid.
PANTALEÓN PRIETO (2021), «¿Es la responsabilidad civil ex delicto imprescriptible?», Almacén de Derecho, 2021 (disponible en: https://almacendederecho.org/es-la-responsabilidad-civil-ex-delicto-imprescriptible)

————(1993), «"*Perseverare diabolicum*"- (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)», *Jueces para la Democracia*, (19), pp. 6 ss.

————(1983), «Comentario a la sentencia de 28 de enero de 1983», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, (1), pp. 103 ss.

QUINTERO OLIVARES/CAVANILLAS MÚGICA/DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA (2002), *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, Aranzadi, Pamplona.

SALVADOR CODERCH/FERNÁNDEZ CRENDE (2006), «Causalidad y responsabilidad», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), pp. 1 ss.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2016), «Cuestiones abiertas en los delitos de las personas jurídicas», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJÓO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coords.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 629 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2001), «¿"*ex delicto*"? Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), pp. 1 ss.

YZQUIERDO TOLSADA/REGLERO CAMPOS (coords.) (2008), *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 4.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor.

YZQUIERDO TOLSADA (1997), *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Dykinson, Madrid.

InDret
3.2022

Pablo Sánchez-Ostiz
Universidad de Navarra

Los límites de lo normativo

Sumario

-

Los enunciados del Derecho penal (legislación, jurisprudencia y dogmática) presentan carácter normativo. Con el fin de evitar la arbitrariedad de los enunciados que empleamos (el riesgo de constructivismo), es preciso establecer ciertos límites y condicionamientos. Estos límites no son de carácter empírico, sino normativo. Concretamente, se propone que dichos límites provienen de la coherencia lógica, la consistencia valorativa y la capacidad performativa de los enunciados. Establecidos estos límites, se procede a ejemplificar cómo se presentan en diversas operaciones de la legislación, aplicación del Derecho y la dogmática.

Abstract

-

The statements of criminal law (statutes, courts decisions and dogmatics) have a normative character. In order to avoid the arbitrariness (the risk of constructivism) of these statements, it is necessary to establish certain limits and conditions. These limits have not empirical, but normative character. Specifically, here I suggest that these limits come from the logical coherence, the value consistency and the performative capacity of the statements. Having defined these limits, I aim to exemplify how they are displayed in different operations of legislation, application of law and dogmatics.

Zusammenfassung

-

Die Formulierungen des Strafrechts (Gesetzgebung, Rechtsprechung und Dogmatik) sind normativer Natur. Um die Beliebigkeit (das Risiko des Konstruktivismus) bei diesen Aussagen zu vermeiden, ist es notwendig, gewisse Grenzen und Bedingungen festzulegen. Diese Grenzen sind nicht empirisch, sondern normativ. Konkret wird vorgeschlagen, dass sich diese Grenzen aus der logischen Kohärenz, der Wertekonsistenz und der Leistungsfähigkeit der Aussagen ergeben. Sobald diese Grenzen festgelegt sind, wird beispielhaft dargestellt, wie sie in verschiedenen Operationen der Gesetzgebung, der Rechtsanwendung und der Dogmatik zum Ausdruck kommen.

Title: *The Limits to Normative Statements*

Title: *Die Grenzen normativer Aussagen*

-

Palabras clave: normativismo, constructivismo, dogmática, empirismo.

***Keywords*:** *Normativism, Constructivism, Dogmatics, Empiricism*.

***Stichwörter*:** *Normativismus, Konstruktivismus, Dogmatik, Empirismus*.

-

DOI: 10.31009/InDret.2022.i3.05

-

InDret
3.2022

Recepción
26/11/2021
-
Aceptación
18/05/2022
-

Índice

-

1. Introducción
2. Los enunciados normativos pueden ser verdaderos o falsos
3. Los límites de las construcciones normativas
4. El modo de operar de la dogmática
5. Las operaciones del Derecho
6. Bibliografía

-

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

1. Introducción

Este trabajo toma como motivo una publicación relativamente reciente[1] en la que se defiende la distinción entre lo normativo y lo fáctico en las construcciones del Derecho penal. En dicho trabajo, me propuse clarificar el sentido de la expresión «normativo» cuando es empleada por los penalistas (legislación, jurisprudencia y dogmática). Dentro de un concepto más amplio de conceptos de carácter *comprensivo*, propio del entendimiento práctico (por tanto, también del Derecho), diferencio tres usos del lenguaje: *normativo*, *valorativo* y *adscriptivo*. Estos tres usos son paralelos a otros, de carácter *explicativo*, propio del entendimiento teórico: *descriptivos*, *fácticos* y *conectivos*. En mi opinión, con el fin de evitar la arbitrariedad de los enunciados que empleamos, es preciso partir de ciertos límites y condicionamientos. En particular, pongo en duda que lo empírico (en terminología allí propuesta: lo descriptivo, lo fáctico y lo conectivo), pueda ofrecer un límite eficaz a enunciados normativos.

Pienso que todavía es posible extraer conclusiones más allá de lo que entonces quedó dicho. Este trabajo se plantea como una continuación y desarrollo de aquel trabajo citado, a partir de una de las afirmaciones finales allí empleadas. Concretamente, deseo prestar atención a la idea de que los enunciados normativos admiten juicios de verdad o falsedad, es decir, tienen *dimensión veritativa*, y no sólo fundan declaraciones de voluntad, opiniones de mayor o menor conveniencia, de mera oportunidad, etc.[2] En la medida en que admitan ser juzgados con arreglo a si son verdaderos o falsos, podría prevenirse el reproche de arbitrariedad que en ocasiones se dirige al modo de proceder con los enunciados normativos[3]. Se trata de una visión que parece celarse detrás del calificativo de «normativo» aplicado a una posición o propuesta doctrinal, o de la crítica por abandono de categorías prejurídicas de base[4]. Que las categorías del Derecho penal tienen carácter normativo es una afirmación ampliamente aceptada[5]. La idea va más allá del Derecho penal y abarcaría a todas las instituciones jurídicas: por tanto, no sólo en Derecho penal, sino también en otros sectores. Y además, abarcaría los enunciados empleados por el legislador, los tribunales y la dogmática. Casi parece una tautología afirmar que las categorías del Derecho son de naturaleza normativa. Y esto exige tomar conciencia de cómo proceder con enunciados y conceptos de tal naturaleza, y de los posibles límites de tales construcciones.

---

[1] Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, «Lo normativo y lo fáctico», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA, *Derecho penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, 2019, pp. 25-59.

[2] Cfr. *ibidem*, pp. 57-58. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal. Una defensa de la racionalidad valorativa», *InDret Penal,* (4), 2019, pp. 1-31, 19-20.

[3] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal,* (4), 2019, pp. 21-22.

[4] Respecto a la posición de Jakobs, cfr. la visión de ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* I, 5.ª ed., 2020, § 7, nm. 30; SCHÜNEMANN, «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», en EL MISMO *et al.* (coords.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, pp. 13-20; EL MISMO, «La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal», en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 643-654; si bien no abandonando un punto de partida normativo (*FS-Roxin*, 2001, p. 30; *Modernas tendencias*, pp. 659-661); FEIJOO SÁNCHEZ, «La normativización del Derecho penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pp. 435-544, 473-493. Pero por todos, cfr. las diversas aportaciones compiladas en KINDHÄUSER *et al.* (coords.), *Strafrecht und Gelleschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, 2019.

[5] Es más, a juicio de SCHÜNEMANN, «El propio sistema de la teoría del delito», *InDret Penal,* (1), 2008, p. 12, «la discusión sobre el "normativismo" ... hoy está en primer plano en la discusión dogmática española». Pero no lo es menos en la doctrina de lengua alemana. Se percibe una autocomprensión de la doctrina alemana como de carácter normativo con cierta base empírica, y un rechazo del normativismo como exceso a evitar. A mi modo de ver, como se expondrá en el texto, es una cuestión que admite graduación.

Comenzaré con una exposición de cómo entiendo esa función veritativa de tales enunciados (2.). Esto obliga a matizar y distinguir entre el modo de proceder normativo y el constructivismo (3.), y ahí me referiré a los posibles límites de las construcciones normativas, que es el tema central de esta contribución. A continuación, expondré cómo opera lo normativo en las construcciones de la dogmática, sobre todo jurídico-penal, pero no solo (4.), y en diversas operaciones del Derecho: legislación, interpretación, prueba, imputación y valoraciones (5.).

2. Los enunciados normativos pueden ser verdaderos o falsos

1. Los enunciados normativos son susceptibles de verdad o falsedad en la medida en que sean acordes o no con la realidad a la que se refieren. Se sostiene, por tanto, una posición de la verdad como correspondencia. Con todo, este concepto de verdad opera de manera diversa en los juicios del entendimiento práctico y en los del entendimiento teórico. En este último, se trata de la correspondencia entre el juicio que se emite sobre la realidad y esta misma realidad, que se halla fuera del entendimiento. En cambio, en los juicios del entendimiento práctico, se trata de constatar la correspondencia de estos con los principios y premisas de los que derivan. En este sentido, intentar comprobar la verdad de los juicios del entendimiento práctico por su correspondencia con objetos del mundo exterior es una pretensión abocada al fracaso. Su criterio de verdad no es la correspondencia o no con un objeto exterior, sino los principios de los que derivan esos enunciados[6]. Se trata de enunciados que sí son susceptibles de verdad, pero de una verdad de carácter práxico. Así, una construcción normativa que no respete esos principios resultaría falsa, no verdadera. Hay por tanto un criterio de correspondencia a efectos de verdad práctica, distinto del empleado en los juicios del entendimiento teórico[7]. Sin esta referencia, aqueja a los enunciados jurídicos el riesgo de caer en la arbitrariedad[8].

2. Lo anterior pone de manifiesto que el modo propio de los enunciados del Derecho, lo mismo que el de otros saberes referidos a la acción humana, no es de carácter empírico. La tentación de recurrir a juicios de tal carácter puede presentarse ante el riesgo de incerteza, arbitrariedad y variabilidad de las apreciaciones del Derecho. No es extraño así pensar que sea preciso recurrir a referencias estables, y que estas provendrían de los saberes empíricos. En materia de dolo, por ejemplo, no es extraño escuchar o leer que la cuestión reside en determinar el conocimiento y/o la voluntad[9], en si el agente quería o no quería, tenía intención o no[10], etc. Pero eso difícilmente se deriva de datos empíricos, sencillamente porque ni voluntad ni intención son fenómenos naturales[11]. Asimismo, en sede de culpabilidad, nuestro acceso a la psique del agente no es posible más allá de las apariencias externas y estas no son propiamente la psique. Por tanto, no

---

[6] Cfr. también MARTÍNEZ DORAL, *Estructura del conocimiento jurídico*, 1963, pp. 86-87. Cfr. también OLLERO TASSARA, *Derechos humanos y metodología jurídica*, 1989, pp. 105-107.

[7] Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *Derecho penal y persona*, p. 58, con referencias citadas.

[8] Podrán ser diversos los principios con arreglo a los cuales se constata la correspondencia, pero siguen siendo criterios de comparación y medición de los juicios y conceptos en cuestión. Así, por ejemplo, para FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», *CPC* núm. 65, 1998, pp. 271-272, que un concepto sea normativo significa que viene determinado por normas (penales, en este caso), y, en consecuencia, se tiene en cuenta lo que debe ser conocido (pp. 284-285). A mi modo de ver, además de esa fuente de normatividad habría otras (jurisprudencia, dogmática), sin descartar los principios jurídicos y de Política criminal.

[9] Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., 2015, 10/73.

[10] Así, en particular en sede de distinción entre dolo eventual y culpa consciente: cfr. MIR PUIG, *DP. PG*, 2015, 10/89-98.

[11] Cfr. CANCIO MELIÁ, «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR (eds.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, 2004, pp. 57-78, 77.

podrá determinarse la imputabilidad o su ausencia mediante un análisis sustitutivo de la psique. Aparte de que no sabemos muy bien cómo lograr esta certeza tratándose del mundo psíquico interno, aunque se lograra identificar este, seguiríamos con la incerteza, puesto que lo buscado –por así decir– no estaba ahí dentro, sino que era el sujeto mismo actuando. Se trata de algo diverso, algo que se sitúa en un plano distinto del de los fenómenos empíricos.

3. Si no son enunciados empíricos, cabría pensar en la alternativa de huir hacia un constructivismo radical[12] que es común calificar como normativismo[13]. Se trataría de configurar los conceptos, juicios y enunciados mediante un lenguaje propio y libre. Sin embargo, no parece ser esta la forma de lograr certeza[14], salvo que dichas construcciones sean producto del consenso cerrado y uniforme entre los intervinientes en un uso del lenguaje específico[15]. Es posible que el lenguaje técnico-jurídico presente de alguna manera esta faceta, en cuanto posee un vocabulario propio. De ser así, las categorías jurídicas gozarían de validez reconocida, pero sin contar con cimientos más sólidos que los derivados del consenso; los juristas tendrían libertad para construirlos sin más límite que lograr el acuerdo. Sin embargo, en realidad no proceden así los juristas: se parte de un cuerpo de conceptos asentado que desempeña una función y así se les reconoce. Con otras palabras, no se trata de construcciones arbitrarias o *ex novo*. Se parte en cambio de algunas exigencias a la hora de conceptualizar y emitir juicios en Derecho (y en los saberes de carácter práxico, en general). Por el especifico modo de ser la realidad del Derecho, también acecha esta tentación, la del constructivismo[16] (conviene tomar conciencia de que el Derecho emplea a menudo ficciones, presunciones, juicios de valor, conceptos indeterminados,

---

[12] En la medida en que subsista cierta conexión o relación con lo empírico, este constructivismo radical parece empresa difícil de lograr. Por su parte, se refiere SCHÜNEMANN, en *FS-Roxin*, 2001, pp. 13-20, a la posición de Jakobs con los calificativos de «normativismo libre de empirismo» (p. 13), «teoría antiempirista» (p. 15), «teoría puramente normativista» (p. 17), o «normativismo radical» (p. 20), que me parecen exagerados; por su parte, FEIJOO SÁNCHEZ, en *Teoría de sistemas*, p. 483, la califica como «monista-normativa», o de «normativismo universalista». A su vez, entiendo que el normativismo de Jakobs, acusado de estar alejado de todo empirismo, no renuncia a una cierta base en cuanto que, por ejemplo, a la hora de preguntarse por la persona, indica: «lo mínimo es un cuerpo animado» (cfr. JAKOBS, «La idea de normativización en la dogmática jurídico-penal», en EL MISMO, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, reimpr., 2016, p. 21). Pero este elemento mínimo necesario no es suficiente, pues requiere a continuación: «Sólo puede ser persona jurídico-penal activa, es decir, autor o partícipe de un delito, quien dispone de la competencia de enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social, precisamente el Derecho. Se trata, como resulta evidente, del concepto jurídico-penal de culpabilidad» (p. 22). Con todo, esa apelación a un mínimo elemento empírico se ve normativizado de inmediato en el concepto de persona de corte hegeliano que emplea Jakobs (cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *ibidem*, pp. 528-531).

[13] Sobre todo en la doctrina alemana, el calificativo de normativista y el normativismo vienen asociados a una valoración peyorativa (cfr. n. 12). En estas páginas se prefiere hablar de constructivismo.

[14] Como ha puesto de relieve PUPPE, «Naturalismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal moderna» (orig., *GA* 1994, pp. 297-318; trad. Pastor Muñoz), en LA MISMA, *El Derecho penal como ciencia*, 2014, p. 165, el normativismo (extremo, según entiendo) incurre en el naturalismo que pretendía superar porque construye sus conceptos sin tener en cuenta los criterios descriptivos de sus valoraciones por lo que acaba considerando los hechos a valorar como cosas.

[15] Cfr. GARCÍA AMADO, «Neokantismo y Derecho penal. Sobre el papel y el sentido de la dogmática penal y sobre el papel de los penalistas», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, 2020, pp. 153-157. Discrepo de su visión sobre el papel de la dogmática, que me parece llamada sin embargo a aportar una visión supranacional, y suprapositiva.

[16] Se detecta en ocasiones como calificarlo de normativismo apunta a un riesgo metodológico a evitar (cfr. por ejemplo, ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 8, nm. 54, citando a ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, 2.ª ed., 1965, p. 13). Entre el doble riesgo de incurrir en las «falsificaciones» del normativismo y del naturalismo (o «fisicalismo», p. 14), sitúa Engisch, (p. 15), el enfoque que considera correcto: el punto de vista de lo «social-natural», o de la «experiencia cotidiana» (cfr. también p. 25). Y atribuye el mérito a E. Wolf («Der Sachbegriff im Strafrecht», 1929 y *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit*, 1931) y Welzel (*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935) de haber abierto e iniciado esa perspectiva (*ibidem*). Con todo, la aspiración a que la visión del jurista se halle marcada por la experiencia cotidiana no es sino un criterio normativo: por tanto, menos empírico de lo que parece.

asignación de efectos, etc.). Estos y muchos otros instrumentos conceptuales se emplean porque la operatividad del Derecho no se da en el plano de lo empírico. Pero esto no significa que se incurra en la mera construcción arbitraria de conceptos. Si el empirismo es un riesgo, también lo es el constructivismo.

4. Podría plantearse –es una hipótesis– como una cuestión de grado o evolución de niveles de mayor o menor estadio de normativización. Entre empirismo y constructivismo se situaría el modo de proceder normativo como un nivel intermedio, equidistante entre aquellos extremos, y como remedio frente a los excesos que estos traerían consigo. Por tanto, habría cierto margen entre la Escila del empirismo y la Caribdis del constructivismo. No me parece, sin embargo, que las cosas sean tan simples. A los saberes práxicos, referidos a la acción humana, corresponden conceptos, enunciados y juicios normativos como algo propio. Y como un saber que se da en sociedad, la búsqueda de certeza es inherente a ellos en cuanto garantiza su aceptación mejor que su contrario. Pero esa certeza posible y viable difícilmente será la seguridad que parecen proporcionar los enunciados empíricos. Renunciar a la certeza no es propio de un saber que aspire a ser calificado como científico, ni de una teoría que pretenda serlo. Esta certeza no deriva de que se parta de una base empírica, pues esta no es idónea para aportar en tal ámbito la seguridad que se busca. Del mismo modo que el constructivismo, atendiendo al contenido de la decisión de la voluntad del que interviene, huye de la incerteza que haría inútiles sus propuestas, el empirismo dice evitar la incerteza de las teorías y apreciaciones no constatables recurriendo a lo natural. Ambos extremos buscan la certeza, y posiblemente no sean tan distantes sus posiciones, en cuanto que los dos se basan en afirmaciones sobre las que hay acuerdo: conceptos compartidos, sea porque son constatables, sea por su reconocimiento en un contexto. Las diferencias vendrían en función del criterio de certeza buscada. Esa supuestamente cómoda, e hipotética, posición intermedia de lo normativo habrá de aspirar también a la certeza, pero ¿con qué criterio? Supone, sin duda, una ardua tarea. Y además, una vez fijado un criterio, no queda garantizado su uso correcto: la seguridad y la certeza no vienen dadas.

5. Si partimos de la base de que conceptos, enunciados y juicios en Derecho –de los saberes práxicos, en general– son de carácter normativo, nos preguntamos por su relación con el empirismo y el constructivismo. No me parece que se trate de una posición intermedia, equidistante, que combine los elementos positivos que pueda haber en los extremos. Y ello, por cuanto no es cuestión de abstraer a partir de realidades naturalísticas (en sentido ascendente), como tampoco de concretar desde enunciados abstractos (en sentido descendente). No lo veo tampoco como una distinción de grado, de progresivo nivel de abstracción, sino como el modo propio de conceptualizar, de formular enunciados y enjuiciar una situación o realidad teniendo en cuenta –y no es un mero matiz– que está por medio la libertad. Es el ámbito de lo normativo. Una vez en el marco de una posición normativa, sí es posible que se den grados de mayor o menor nivel de concreción o referencia a lo empírico. Esta, la libertad, elude toda aproximación empirista o naturalista, de modo que resulta inútil aspirar a «probar» la libertad, o constatar la voluntad, o evidenciar la intención, como quien mide, pesa o cuantifica datos. A la vez, esa misma libertad resiste a una construcción arbitraria. El carácter normativo del saber jurídico ha de llevar a conocer y respetar las condiciones de posibilidad de estas construcciones y a moverse dentro de los límites que le son propios.

6. En definitiva, los enunciados jurídicos (conceptos, categorías y juicios del Derecho) distan de ser algo empírico como también algo arbitrariamente construido, es decir, algo elaborado sin fundamento suficiente. Por no ser empíricos, no son realidades constatables. Y por no ser meros constructos, no son realidades arbitrarias. La realidad del Derecho tiene carácter normativo,

como lo idóneo y propio de una faceta de la acción de seres dotados de libertad que conocen, valoran, enjuician el mundo que se les presenta y actúan. Esta libertad es de carácter transcendental, en cuanto que queda más allá de la experiencia sensible, pero sin abandonar el ámbito de lo empírico en el que se da[17]. Dicha libertad significa que su apreciación se produce en el momento de ejercerse, y no tanto cuando teorizamos sobre ella o nos referimos a ella al margen de la concreta acción libre enjuiciada. De aquí parte el problema de referirnos a la libertad en el procedimiento judicial penal, pues de suyo es un acceso a posteriori a algo que ya tuvo lugar y además no es empírico[18]. Pero también aquí reside el problema de aspiraciones como la prueba del dolo, pues este no se prueba, sino que se infiere sobre la base de datos (muchos de ellos, sí, probados, en cuanto constatados); el dolo es, en cambio, objeto de una operación de atribución o imputación[19]. Ciertamente el mundo de la libertad se entrecruza con el mundo de lo empírico. Y a la vez, el mundo de lo normativo no se halla indemne frente al riesgo de constructivismo, esto es, de elaboraciones o decisiones arbitrarias, sin límites ni operatividad más allá del ámbito de quien las elabore y emplee[20]. En definitiva, aunque el carácter normativo de sus juicios y enunciados es propio del Derecho y los saberes práxicos, conviene dilucidar la relación entre aquellos y lo empírico (y el empirismo), por un lado, y el constructivismo, por otro. Dentro de ese modo de proceder de carácter normativo, sí me parece percibir que existen diversos grados o niveles, que son reflejo de cómo se elaboran y proponen los enunciados. En función de cuánto y cómo se entienda el Derecho vinculado o liberado de lo empírico podríamos hablar de grados menores o mayores de normativización[21]. Esta cuestión traslada el centro de atención a si son posibles, y cómo, los límites a los enunciados normativos, que se aborda a continuación.

3. Los límites de las construcciones normativas

1. Que el enfoque adecuado es el que se ha denominado «normativo» no significa que lo empírico carezca de importancia, como tampoco que el constructivismo o normativismo extremo no tenga nada que decir. Ciertamente se halla muy asentado en la dogmática penal el enfoque normativo sobre una base, mayor o menor, de datos empíricos, como se percibe, por ejemplo, en materia de dolo (conocimiento...), imputación objetiva (causalidad)[22], determinación y valoración de riesgos

---

[17] La acción humana es uno de esos fenómenos que DREYFUS/TAYLOR, *Recuperar el realismo* (orig., 2016), 2016, p. 62, califican como «limítrofe», entre el mundo de las causas y el de la comprensión, «que participan tanto del mundo de la naturaleza como de la libertad» (p. 62). La acción humana se despliega en el espacio de las causas, pero es comprensión, concepto, razones... (cfr. *ibidem*, pp. 138-139) entrelazadas con las limitaciones físicas que percibimos, no como dos planos superpuestos, sino entrelazados (cfr. *ibidem*, p. 134); es más: los niveles biológico y de significado se hallan «profundamente mezclados», «únicamente se encuentran diferenciados nocionalmente» (*ibidem*, p. 180). A la idea de límite apela también SCRUTON, *Sobre la naturaleza humana* (orig., 2017; trad., Carabante), 2018, pp. 40-41, 64, pero aplicado al sujeto humano.

[18] Con palabras de KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, *Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften*, v. IV, pp. 452-453: «Como ser racional y, por tanto, perteneciente al mundo inteligible, el hombre nunca puede pensar la causalidad de su propia voluntad si no es bajo la idea de libertad; pues libertad es independencia (que siempre debe atribuirse a sí misma la razón) de las causas que determinan el mundo sensible. Con la idea de libertad se halla inseparablemente unido el concepto de *autonomía*, y con esta, el principio universal de la moralidad que sirve de fundamento a la idea de todas las acciones de los seres *racionales*, igual que la noción de ley de la naturaleza sirve de fundamento a todos los fenómenos.» (r.o.).

[19] Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 357-362.

[20] Con palabras, en otro contexto, de MORESO, *Lo normativo: variedades y variaciones*, 2020, p. 27, «[e]l fenómeno jurídico refleja un rasgo crucial: califica como no opcionales algunos comportamientos humanos».

[21] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal,* (4), 2019, p. 13.

[22] Para Kelsen, primero es la imputación y después la causalidad, como manifestación de la evolución y maduración de la sociedad. En cambio, el hombre de sociedades primitivas asociaba el principio de imputación a la naturaleza. Cfr. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2.ª ed., 1960, § 19 (pp. 86-88); EL MISMO, «Causalidad y retribución» (1941), en *¿Qué es justicia?*, 1992, pp. 195-196; EL MISMO, «Causalidad e

en una sociedad concreta, etc[23]. Sin embargo, el valor limitador de lo empírico es más modesto de lo que parece. En ocasiones, se recurre a la realidad empírica como posible fundamento, y por eso mismo como limitación al modo de proceder normativo. Y así, se dice que el dolo ha de basarse al menos en el conocer del sujeto, y que tal conocer es un dato psicológico que habría de comprobarse[24]. Se suele partir de que el riesgo de la conducta en el sentido del tipo es el enfoque correcto, pero siempre que mantenga un sustrato causal[25]. También, que la culpabilidad se basa en el reproche, por ejemplo, pero sin abandonar cierta referencia a la concreta situación psíquica del agente, médicamente determinada[26]. Y los ejemplos podrían continuar. De este modo, lo empírico operaría como un elemento mínimo necesario[27], y por tanto como una barrera insustituible y, por eso mismo, infranqueable[28]. La aspiración, de entrada, resulta loable y se comprende como reacción a un modo de proceder normativo desmedido del que cabría esperar, sobre todo, excesos y arbitrariedades[29]. Entonces, con el fin de impedir que acabe en constructivismo, parece que el mejor antídoto sería pertrecharse con una cierta dosis de realidad empírica. Sin embargo, cabe dudar de la capacidad limitadora de lo empírico, como también temer el riesgo de derivar en un constructivismo sin límites.

2. Respecto a lo primero, la conveniencia de pertrecharse con una cierta dosis de realidad *empírica*[30], me permito traer a colación dos situaciones en las que se ha recurrido a lo empírico y esto no ha ofrecido la resistencia propia de un límite. Por un lado, lo sucedido en algunos planteamientos sobre el papel de las neurociencias: en la medida en que se recurre a ellas como

---

imputación» (1950), *ibidem*, pp. 225-228. El proceso de «desmitologización» gracias al pensamiento causal no supone una explicación suficiente, sino que sustituye un mito por otro. Sería, entonces, el pensamiento normativo de la idea de imputación (al modo «no-kelseniano») el que da entrada a criterios y categorías adecuadas.

[23] No faltan planteamientos de combinar los resultados de saberes empíricos con los de la dogmática: cfr. la propuesta de MIRÓ LLINARES, «Hechos en tierra de normas: Una introducción epistemológica a la relevancia de la realidad fáctica en el Derecho penal», en SUÁREZ LÓPEZ *et al.* (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje al Prof. Morillas Cueva*, 2018, pp. 451-473; EL MISMO, «Cientismo, dogmatismo y Derecho penal», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, 2020, pp. 279-288.

[24] Cfr. en este sentido, la crítica que dirige RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba*, pp. 189 ss., a la «determinación del dolo», sobre todo cuando se trata de la averiguación de un fenómeno psicológico (pp. 259-271).

[25] Cfr. ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 11, nm. 46, en donde se mantiene la causación como «límite último de la posible imputación». Cfr., sin embargo, las dificultades para determinar la causalidad y el resultado, en PUPPE, *El Derecho penal como ciencia*, pp. 141-152.

[26] Así, en SCHÜNEMANN, en *FS-Roxin*, 2001, pp. 23-30, en donde propone en sede de culpabilidad, una mutua relación entre elementos *descriptivos* (la evitabilidad individual) y *normativos* (la reprochabilidad y exigibilidad), en virtud de lo que denomina «Brückenprinzipien» (p. 25, «principios-puente», en *Modernas tendencias*, pp. 656, 659), citando a H. Albert, que operarían como elementos de engranaje entre los modos descriptivo y normativo del lenguaje (p. 30). Entre estos «principios-puente» se halla el de que el *deber supone poder*, por ejemplo (p. 25).

[27] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, 1990, *passim*.

[28] Cfr. MIR PUIG, «Límites al normativismo en Derecho penal», en ALONSO GARCÍA *et al.* (eds.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 672-674. Cfr. asimismo la propuesta de DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, pp. 304-312, de una perspectiva psicológico-individual, pero sin renunciar a la normativización en el Derecho penal, que considera «irrenunciable» (p. 304).

[29] Como representante de esa «falsificación» normativista sitúa ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, p. 13, a Kelsen, refiriéndose precisamente a la idea de persona como centro de imputación. Según entiendo, el enfoque normativo no significa desprenderse de la realidad a la que se refieren, y sobre la que se afirman los conceptos y enunciados normativos. En todo caso, en ese enfoque normativo hay grados.

[30] Así, por ejemplo, la propuesta de LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, 1999, pp. 210-213, al menos para el anclaje del dolo y la culpabilidad en datos ontológicos («determinados aspectos de ese contexto ontológico», p. 213). Cfr. *ibidem*, pp. 213-214, sus reservas ante los enfoques normativos movidos por consideraciones preventivas. Cabe observar, sin embargo, que los riesgos de excesos preventivos se pueden dar también en construcciones empiristas, en la medida en que la pena sea vista como un tratamiento quirúrgico, por ejemplo. El riesgo de excesos preventivos no se conjura con una dosis mayor de empirismo.

patrón científico válido, también para realidades como la libertad, la consecuencia es que se extraen consecuencias de carácter normativo a partir de una base empírica[31]. En fin, un supuesto en el que lo empírico ni limita ni es tan seguro como se esperaba. Por otro lado, consideremos cómo lo empírico cede a merced de intereses construccionistas sin escrúpulos. Se percibe que lo empírico ofrece poca resistencia cuando de lo que se trata es de construir una realidad al margen de aquello. En la medida en que se afirme que las diversas facetas de la personalidad son producto de una construcción cultural, previa deconstrucción de lo físico, químico, natural, etc., se pone de manifiesto su escasa capacidad limitadora.

Esto podría llevar a pensar que se trata de excesos evitables ateniéndose al lenguaje de la naturaleza; sin embargo, lo natural en los seres humanos es racional y es social[32], de modo que ya no es tan empírico[33]. Ante esta escasa capacidad, otra posible reacción sería la de desconfiar de lo empírico también. Y no falta razón a este planteamiento: la realidad que presentamos como empírica se halla frecuentemente mediada por parámetros, unidades de medición, formulaciones etc. que le restan carga empírica. Así, hasta algo tan físico como el transcurso de la luz durante el día se establece en virtud de unidades convencionales –normativas, pues– de medida: minutos, horas, días, estaciones… Y eso genera la consabida cuestión de decidir cuándo acaba el día y cuándo comienza la noche. *No cabe sino una solución normativa a lo que es un problema de índole normativa*. En realidad, no es una realidad empírica entrecruzada o imbricada con enunciados de otro carácter, ni tampoco algo normativo limitado por lo empírico. Se trata más bien de algo netamente normativo expresado para resolver un problema que es también normativo: en el ejemplo de la medición del tiempo, el de decidir sobre las horas y los días en una comunidad de personas libres[34]. Que en la determinación de un problema normativo se recurra a lo empírico no es una forma de traicionar el punto de partida y caer en el empirismo desde el ámbito de lo normativo, sino la más sensata manera de enfocar el problema: contar como punto de partida con los condicionantes físicos, químicos, estadísticos, etc. Por eso, no me parece ajeno a la dogmática jurídico-penal contar con datos empíricos, siempre que cada saber respete su modo de proceder propio[35].

---

[31] Para PAREDES CASTAÑÓN, «Dolo y psicología de sentido común», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, 2020, pp. 875-885, «debemos cambiar por completo nuestro lenguaje y nuestro aparato conceptual a la hora de definir el concepto de dolo y de intentar probarlo: que debemos fundamentar la atribución de responsabilidad penal por delito doloso en algo más que en puros juicios psicosociales de atribución … y acoger, en cambio, los conceptos y categorías propios de la ciencia cognitiva» (p. 884). Mi planteamiento difiere de este enfoque, si por ciencias cognitivas se entiende solo las de carácter empírico, por partir del carácter normativo del saber jurídico, pero sin la ingenuidad de pensar que, a partir de ahí, resultan fáciles las operaciones de interpretación, prueba, imputación, etc. Por otra parte, en las ciencias cognitivas confluyen planteamientos no empíricos (filosóficos) a tener en cuenta.

[32] Cfr. el planteamiento de ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, 2.ª ed., 1965.

[33] Para NUSSBAUM, *La ira y el perdón. Resentimiento, generosidad, justicia* (orig., 2014), 2018, p. 120, se sitúa la relevancia de lo subjetivo en el cristianismo, frente al pensamiento judío, y los estoicos. Con todo, esta referencia subjetiva no es empírica, sino normativa a su vez.

[34] Sobre la dimensión y sentido del tiempo, cfr. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, pp. 67-109, en donde se destaca la dimensión natural frente a la medición (convención) práctico-natural de ese fenómeno (cfr. *ibidem*, pp. 108-109).

[35] En particular, es digno de mención, el esfuerzo que en años recientes viene desplegando MIRÓ LLINARES, en *LH-Luzón Peña*, pp. 279-288, partidario de un adecuado «pluralismo metodológico» que, para evitar «la tendencia a mantener alejada la argumentación sobre el Derecho penal y la política criminal de otras disciplinas científicas que podrían constituir un apoyo», dé entrada a los saberes empíricos y se supere lo que «podría denominarse de "aislacionismo científico del Derecho penal"» (p. 286), en la línea de buscar un «*pluralismo compatible*» en lo metodológico (p. 284, citando a Stephanie Ruphy). Se trata «de incorporar al desarrollo de nuestro saber otros conocimientos procedentes de la ciencia para, respetando el pluralismo metodológico, buscar la compatibilidad y eficacia para la mejora de nuestro sistema» (p. 284), y así «hacer más sólidos tanto los fundamentos axiológicos

3. Con todo, también es arriesgado recurrir y emplear enunciados normativos sin percatarse del posible peligro de incurrir en *constructivismo*. El constructivismo presenta el riesgo de que sus productos resulten inviables, sea de manera absoluta (nadie los puede comprender o aplicar), sea de manera relativa (más allá de los hablantes que emplean esa expresión)[36]. Podría hablarse así de una exigencia de «compartibilidad», en cuanto capacidad de un enunciado para ser asumido por otro[37]. La carencia de esta capacidad, su inviabilidad, hace que el enunciado no sea normativo sino expresión de ese constructivismo que venimos rechazando. Por tal entiendo la elaboración de enunciados, conceptos y juicios sin respetar las exigencias de razonabilidad compartida[38]. Se trata de construcciones lingüísticas cuya eficacia no trasciende el ámbito del propio grupo de hablantes, de manera que tiene escasa influencia (un juego del lenguaje de corto alcance). Los enunciados normativos son también construcciones lingüísticas, pero dotadas de eficacia en una comunidad de hablantes y más allá de estos, si se desea hacerlos valer. Y en efecto, el lenguaje perdura en el tiempo, se transmite. Aunque evolucione, lo hace sobre la base de consensos compartidos que paulatinamente se adaptan manteniendo una duradera estructura básica de sintaxis. El conjunto de los enunciados jurídicos es un mundo de presunciones, ficciones, valoraciones, atribuciones etc. que empleamos. Un enunciado de carácter normativo (por ejemplo, que el dolo exige conocimiento; o la culpabilidad requiere normalidad motivacional; o la autoría se basa en el dominio del hecho; y tantos otros que nos resultan familiares) tiene valor en cuanto resulta coherente entre los que lo emplean y en el conjunto del ordenamiento, esto es, en el conjunto de otros enunciados normativos presentes y pasados, y con capacidad de perdurar. Sin embargo, cuando empleamos enunciados de ese estilo sin la necesaria coherencia, incurrimos en ese constructivismo que vengo describiendo. Así, por ejemplo, si se afirmase que, como la tentativa exige dirigir peligro contra un bien jurídico, eso se daría cuando el agente abriga en su interior pensamientos de odio contra alguien, entonces estaríamos proponiendo un enunciado que no es coherente con otras decisiones, antiguas y recientes, que operan en ese mismo ordenamiento (sería incoherente exigir eso mientas no es algo percibido exteriormente).

4. La situación ahora descrita respecto al valor de las realidades empíricas y de los enunciados constructivistas nos lleva a calificar como falacias ciertos modos de proceder. Así, cuando recurrimos a una realidad empírica y aspiramos a extraer de ella consecuencias normativas, incurrimos en la falacia de hacer decir a la realidad algo que no puede. Se trata, obvio es decirlo, de una manifestación más de la falacia naturalista. Más allá de que no acaba de agradarme el uso de tal expresión («falacia naturalista»), veo preferible indicar aquí que se trata de la falacia de extraer de la realidad empírica enunciados, juicios y valoraciones de orden normativo[39]. A la vez,

---

de nuestro sistema como la relación de las mismas con las bases de la realidad de las que proceden y a las que se dirigen» (p. 283).

[36] Cfr. la crítica que traza PUPPE, *El Derecho penal como ciencia*, pp. 137-171, al modo de elaborar los enunciados la dogmática jurídico-penal de corte normativista (constructivista).

[37] Cfr. la aportación de PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, 2011, pp. 756-813, quien, partiendo del carácter normativo del dolo (pp. 756-774), propone criterios de aceptabilidad de la posición del agente respecto al control del propio riesgo: recurre a la idea de «la *atendibilidad objetiva* de la explicación que ofrezca el sujeto de las razones de su comportamiento» (p. 766, r.o.), como base para poder afirmar la racionalidad de estas: «no será atendible, esto es, será epistémicamente infundada o injustificada o, más simplemente, *irracional*, si importa una pretensión o manifestación objetivamente extravagante en relación con el contexto empírico y epistemológico de que se trate» (p. 767). Entiendo que su propuesta podría trascender el ámbito del dolo, que es para el que se formula.

[38] Crítico con el contenido y operatividad de la idea de racionalidad, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, pp. 111-116, 316.

[39] Puede ser de interés recurrir a la idea de problemas convergentes y problemas divergentes que propone SCHUMACHER, *Una guía para los perplejos* (orig., 1977), 2019, pp. 185-195. Afrontar problemas mediante la técnica, con los niveles primarios del conocimiento, conduce a soluciones convergentes: cuanto más se sabe, mejor se

también es posible incurrir en la «falacia normativista» de dar entidad normativa a cualquier aspiración del hablante[40]. Una actitud que merecería el calificativo de «adanista», sin duda[41].

Sendas falacias no se evitan con una co-respectiva carga de carácter constructivo o empírico, según sea el caso. En concreto, el riesgo de la falacia empirista no se ve conjurado con una adecuada dosis de conceptos normativos; ni evitamos el riesgo de la falacia constructivista a base de recurrir a lo empírico como contrapeso. Pienso que ambas posiciones pueden estar en la base de la pretensión de buscar límites empíricos a las construcciones del Derecho o la dogmática jurídica[42]. Así, cuando en sede de culpabilidad exigimos una patología psiquiátrica para la eximente de enajenación mental, o una situación química en el organismo para la de intoxicación[43]; como base empírica, puede ser un mínimo punto de partida, pero que no resuelve la cuestión clave sobre la culpabilidad y sus límites.

En cambio, me parece que no podemos elaborar los enunciados de un saber normativo como es el Derecho, al margen de otros saberes de carácter normativo, pero respetando también entonces sus condicionamientos[44]. En este sentido, se perciben algunos intentos dignos de mención: por un lado, con la orientación hacia las ciencias cognitivas, siempre que en estas se incluya algo más y algo diverso que lo empírico, como la Filosofía, por ejemplo[45]; por otro, la propuesta metodológica de atender a las Ciencias sociales y la Filosofía social mediante una teoría intersubjetiva o interpersonal de la comunicación[46]; y, por otro lado, la invitación a tomar en cuenta los saberes de carácter normativo en ciertos ámbitos y cuestiones[47].

---

soluciona el asunto. En cambio, en ámbitos donde impera la libertad, la cultura y en definitiva los niveles más altos del conocimiento, los de la comprensión, los problemas conducen a soluciones divergentes. Intentar tratar los problemas de la libertad como cuestiones de técnica es impropio, inidóneo.

[40] Muy gráficamente critica PUPPE, «Vom Naturalismus zum Normativismus, von der Systematik zur Topik. Der Niedergang der deutschen Strafrechtswissenschaft vom Allgemeinen Teil», *ZIS*, (4), 2020, p. 144, el normativismo por su preterición de lo fáctico, de los hechos: lo que califica como el «horror facti» de la dogmática normativista (del constructivismo, diríamos mejor). Cfr. además LA MISMA, *El Derecho penal como ciencia*, p. 164, donde defiende cómo «no podemos salir adelante sin un cierto naturalismo» (empirismo, diríamos mejor).

[41] Uno de los problemas del constructivismo radica en que procede como si hiciera Biología, pero no *sub ratione materiae*, sino *sub ratione voluntatis*. Es decir, el *voluntarismo* de que los enunciados designen lo que ahora deseamos que designen. Y eso, más que un saber jurídico, es propio de una ideología que quiere imponer una realidad a pesar de toda resistencia del objeto. Ese modo de proceder no contaría con la resistencia que ofrece el objeto al que se refiere, sino que lo construye y modela.

[42] Hay que abandonar la visión de que lo normativo sería una fase más evolucionada del conocimiento humano, un estadio superador del mundo de lo empírico, sinónimo de primitivo. Si de seres humanos se trata, con libertad, ambos puntos de vista se dan cita en todo momento. Me parece claro que la relevancia que damos a algunos elementos normativos puede crecer conforme avanza la civilización. Asimismo, parece claro que los progresos científicos se dan allí donde se abandona lo primitivo. Como también es posible grandes avances en un ámbito, con retrocesos en el otro.

[43] Cfr. sobre esta última, CASANUEVA SANZ, *La incidencia del consumo de drogas en la imputabilidad*, 2019, la denominada como fórmula «psiquiátrico-psicopatológica» (p. 174).

[44] Además del ya mencionado «pluralismo metodológico» que propone Miró Llinares en *LH-Morillas Cueva*, 2018, pp. 451-473 y en *LH-Luzón Peña*, pp. 279-288, para combinar los resultados de saberes empíricos con los de la dogmática.

[45] Así, la propuesta de PAREDES CASTAÑÓN, en *LH-Luzón Peña*, pp. 875-885.

[46] Concretamente, en FEIJOO SÁNCHEZ, en *Teoría de sistemas*, pp. 493-513.

[47] Cfr. CIGÜELA SOLA, «*Compliance* más allá de la ciencia penal. Aportaciones de la sociología de las organizaciones al análisis de la criminalidad corporativa y de la imputación jurídico-penal», *InDret Penal,* (4), 2019, pp. 1-35: si bien el autor opone (pp. 3 y 5) las ciencias normativas (Ética y Derecho) a las no normativas (Sociología de la organización, Criminología y Psicología), entiendo que es posible construir una Sociología o una Criminología empíricas, como también combinarlas en mayor o menor grado con enunciados normativos.

5. Según entiendo, la objeción de que lo empírico proporciona escasos límites a los enunciados normativos sigue en pie[48]. La realidad empírica no es el límite definitivo o terminante, porque el enfoque jurídico escapa a lo empírico, lo «desnaturaliza» cuando lo emplea, y esto hace que se rebase el «límite» según se vea oportuno. Los límites, como venimos diciendo, han de tener carácter normativo a su vez[49]. Estos límites son de coherencia lógica, así como de consistencia valorativa y de capacidad performativa. Se trata entonces de destacar cómo lo normativo tiene sus leyes.

Y entre estas «leyes» está el que merezca el calificativo de incoherente un enunciado i) que no respete la lógica (principios de identidad, no contradicción, y de tercero excluido, por ejemplo). De este modo, sería arbitrario por incoherente pretender que una y la misma realidad (el dolo, por ejemplo) signifique algo distinto en lugares sistemáticos diversos (el tipo y la culpabilidad, por ejemplo). La teoría del delito, por su sistematicidad y elevado grado de consenso, puede aportar coherencia lógica. Pero nada está garantizado: comenzando porque el consenso es más aparente que real en cuanto se desciende a la cuestión del concreto significado de cada concepto doctrinal, y acabando en que en la teoría del delito confluyen no pocas instituciones valorativas como las de bien jurídico, ponderación, pena, libertad, sancionabilidad y otras muchas. En efecto, el consenso es menos real y amplio en cuanto se entra en las particulares posiciones sobre el contenido de cada categoría, lo cual puede dar en incoherencia lógica si se emplea por otro autor sin las necesarias salvedades. A su vez, esas variadas categorías no son entes aislados, sino conceptos mutuamente conectados, de modo que una afirmación en uno de ellos no pasa sin consecuencias en otros, y es obligado coordinar lo que se diga en cada una de esas categorías con el resto, en la medida en que se hallan entrelazadas.

Esto hace que la coherencia lógica deba completarse ii) con la consistencia valorativa. En efecto, es preciso respetar las decisiones que ya constan en el ordenamiento, o en el proceder de la dogmática, o en percepciones asentadas. Así, es preciso mantener la afirmación de lo que se dice proteger (la dignidad, por ejemplo) y los concretos bienes y personas que se dice tutelar (sea cual sea su condición). Concretamente, se trata de reflejar el orden de valores y principios que forman parte de la identidad de la sociedad[50]. A este respecto, me parece importante respetar las decisiones que históricamente se hayan tomado (al menos mientras no se reformen por el procedimiento legalmente establecido), y que se hallan en la base de la configuración de las instituciones sociales y nos permiten autocomprendernos. En cambio, una renuncia a abordar las referencias valorativas supone facilitar el camino de la dogmática hacia el decisionismo[51].

En este mismo sentido, el respeto de otros saberes *normativos*[52] es adecuado, pero en el bien entendido de que el punto de vista, el objeto formal *quo*, de la dogmática jurídico-penal no tiene

---

[48] Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *Derecho penal y persona*, pp. 51-52. Para SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal,* (4), 2019, p. 13: «el discurso normativo se ve constreñido obviamente por las referencias empíricas».

[49] Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *Derecho penal y persona*, pp. 51-57.

[50] Para FEIJOO SÁNCHEZ, en *Teoría de sistemas*, p. 484, esta es la alternativa metodológica al funcionalismo normativista de Jakobs, aunando la normatividad y la legitimidad.

[51] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal,* (4), 2019, pp. 25-26.

[52] Cfr. CIGÜELA SOLA, *InDret Penal,* (4), 2019, pp. 1-35. Como expresa el autor, y teniendo en cuenta que son posibles las aproximaciones a los fenómenos organizativos desde otros saberes, «no basta –como ha ocurrido hasta ahora– con que los penalistas tratemos de integrarlas [*sc*., ciencias no normativas] en los dominios de nuestro propio lenguaje (dogmático), sino que además hemos de realizar el esfuerzo de comprender lo que otras ciencias, más habituadas al fenómeno organizativo, tienen que decir acerca de qué es y cómo funciona este sujeto social, tan nuevo y tan extraño para nosotros.» (p. 5), y al «igual que la comprensión e imputación del delito individual necesitó de las aportaciones de otras ciencias como la filosofía moral, la antropología o la psicología para

por qué coincidir[53]. Sería temerario que la dogmática se construyera al margen de las aportaciones de esos otros saberes, como también que se entregara y cediera su papel a lo que establezcan aquellos. ¿Y las aportaciones de los saberes *empíricos*? Por la misma razón señalada, sería temerario volver la espalda a la ciencia natural, por ejemplo, como también entregar la dogmática a la física. Se trata de no ignorar, de tener en cuenta, las aportaciones de esos saberes, por una razón normativa de prudencia y sensatez que evite una dogmática irreal[54]. Se trataría de un *imperativo de atender a lo empírico por razones normativas*. Esto requiere respetar el modo de ser y el punto de vista de cada saber.

A la coherencia lógica y la consistencia valorativa sigue –debe seguir– el velar iii) por la capacidad performativa de los enunciados, juicios y valoraciones. Se trata, en definitiva, de que los enunciados normativos sean viables, posibles en el entorno de las personas a las que se dirigen[55]. De este modo, un enunciado que sea de imposible cumplimiento, o de inviable realización (porque no llega a sus destinatarios, por ejemplo, o les exige conductas que no está en su mano llevar a cabo), perdería su carácter normativo, para convertirse en una pretensión constructivista. Y aquí cobra de nuevo sentido la oportunidad de atender a lo empírico y otros saberes, siempre que cada ciencia adopte y mantenga el enfoque y objeto formal *quo* que condiciona los juicios y enunciados que emita.

6. Podría pensarse que estos límites no son barreras tan infranqueables como sería de desear. O bien que son escasamente útiles por su indefinición. O bien que no aportan capacidad de resistencia por ser ellos mismos de naturaleza normativa (así, incurriendo incluso en una petición de principio). Sin embargo, no veo más límites que los propios de los saberes práxicos. Esto no significa que la realidad empírica carezca de relevancia[56], sino que nos interesa en cuanto realidad que «habla el lenguaje» de lo normativo[57]. Así, por ejemplo, si se recurre a la causalidad como requisito mínimo y previo de la imputación objetiva, eso no significa que algo empírico «se implante» o «injerte» como tal en lo normativo, sino que aquella se «desnaturaliza» al comprobar que un factor es causal del resultado de esta acción: en definitiva, es ya un límite de carácter normativo[58].

En particular, prestemos atención a la posible capacidad limitadora que ofrece la resistencia del objeto[59]. En la medida en que somos sujetos inmersos en el mundo natural a la vez que en el

---

perfeccionarse, la comprensión e imputación de delitos en el ámbito organizativo debe nutrirse, en igual medida, de los conocimientos de la sociología, la psicología y la criminología de las organizaciones» (p. 30).

[53] Sobre dicho objeto formal *quo*, cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *Derecho penal y persona*, p. 33, n. 16.

[54] En palabras de JAKOBS, *Sobre la normativización*, p. 44: «si se pretende que el Derecho mantenga su capacidad de conexión en la vida cotidiana, no puede contradecir de manera radical las constataciones cotidianas consolidadas».

[55] Así, la propuesta de SCHÜNEMANN, en *Modernas tendencias*, pp. 25-31, si entiendo bien, de respetar ciertos «principios-puente» que garantizan la coherencia de los planteamientos.

[56] Cfr. el valor que le asigna SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal,* (4), 2019, p. 13.

[57] La cuestión tiene más relevancia de lo que puede parecer a primera vista. Se encuentra ahí toda una manera de entender nuestra relación con la realidad que nos circunda. Y podemos pensar que nuestro conocimiento es una manera de acceder a ese mundo, a través de ciertas formas de mediación o conexión. Esta manera de ver es la que ha dominado la modernidad, y se halla en discusión: cfr. DREYFUS/TAYLOR, *Recuperar el realismo*, pp. 42-43.

[58] Cfr. *supra*, n. 41.

[59] Puesto que somos sujetos inmersos en el orden tanto de lo empírico como de lo valorativo, puede suceder que percibamos lo normativo en clave de realidad empírica, como si el Derecho o las normas se impusieran por sí solas. Y puede suceder también que percibamos e interpretemos nuestro entorno empírico en clave de acción humana y responsabilidad; con otras palabras, estaríamos utilizando lo normativo como prisma de la realidad empírica o natural. Así, cuando vemos intenciones en sucesos naturales. Un caso de este mecanismo de atribución como la

mundo de la libertad, dicho objeto sería una condición necesaria con la que contar. Es razonable que sea así. Y lo es porque difícilmente tendrá capacidad performativa –eficacia– un enunciado normativo que no respete el ser de los objetos naturales a los que se refiere. En tales casos, es una exigencia de racionalidad la que nos lleva a respetar el objeto en cuestión. Se trataría de un límite, no de lo empírico, sino de algo normativo (racionalidad, etc.) sobre la realidad natural.

7. Una alternativa no poco teorizada es la de buscar estándares previos de generabilidad (así, Kant) o de consenso (así, Rawls), pero es dudoso que realidades claves de la persona y la sociedad sean fácilmente objeto de acuerdo sin poner en ellos todas las implicaciones materiales que llevan consigo, por lo que se trataría de algo menos formal de lo que se anunciaba. En todo caso, una construcción normativa, en cuanto propia del mundo de la praxis, esto es, de personas libres, se da en sociedad, y requiere por eso mismo la confrontación pública de opiniones[60]. No es descartable el consenso que pueda alcanzarse, sino que es un objetivo a lograr. En este contexto, me parece importante destacar que el ámbito de las decisiones normativas no puede excluir puntos de vista o posiciones solo porque tengan visiones omnicomprensivas. Me refiero en concreto a la ilusoria pretensión de excluir tras el velo de ignorancia visiones de la persona, la sociedad o el Estado que sean expresión de una particular postura sobre el bien (una postura omnicomprensiva). Así, resultaría inadecuado excluir posiciones –también normativas– sobre la persona, la familia, la libertad, el Estado, entre otras, por el hecho de que provengan de una determinada visión del mundo. De este modo, planteamientos de origen religioso no pueden excluirse porque sean de tal carácter. Esto supondría ya, en cuanto negación de la religión, una toma de postura religiosa[61]. En definitiva, un enfoque pretendidamente aséptico sobre el bien y los bienes en sociedad no parece fácil, quizá porque no sea posible. Pero sí es posible, y resulta imprescindible, comenzar por respetar las tres exigencias de coherencia, consistencia y capacidad performativa al elaborar propuestas sobre qué proteger, a quién hacer responsable y cómo.

4. El modo de operar de la dogmática

1. Entre las categorías del Derecho penal que experimentan más clara normativización se encuentran las de la teoría general del delito y ya la primera, la de la conducta. La operación de atribuirnos responsabilidad pone de manifiesto que no nos referimos a realidades empíricas, sino a creaciones que los juristas realizan para abordar algo que escapa a los instrumentos de

acción mediante supuestas intenciones se expone críticamente en NUSSBAUM, *La ira y el perdón*, pp. 42-43, cuando menciona el estudio estadístico de casos de reacciones humanas violentas ante máquinas expendedoras que no funcionaban (en algunos casos con consecuencias dramáticas: dos muertes).

[60] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal,* (4), 2019, pp. 20-22, y n. 132.

[61] Como puso de manifiesto SANDEL, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* (orig., 2009), Barcelona, 2011, cap. final, no es posible abordar temas que afectan a las personas sin implicar posiciones sobre el bien. Cfr. ya antes, SANDEL, *El liberalismo y los límites de la justicia* (orig., 1982), Barcelona, 2000, *passim*, respecto a su visión crítica del planteamiento de RAWLS (y de KANT).

medición[62]. Pero esto no aligera el trabajo de la dogmática, ni exime de buscar fundamentación y razones de plausibilidad, algo arduo y a menudo complejo[63].

Así, que la conducta humana sea algo más que movimiento en el espacio, algo distinto que la mera transmisión de impulsos nerviosos, forma parte de cualquier conceptualización al uso. Con todo, no siempre ha sido así, y para comprobarlo basta con acudir al concepto naturalista de acción como inervación sensible, despliegue de causalidad[64]. Incluso esa naturalización queda en una vana pretensión en la medida en que identificar un proceso y asociarlo a un sujeto es ya desnaturalizarlo. Y es que seccionar y seleccionar la realidad de los fenómenos es emplear criterios diversos de la mera «naturalidad». Así, los conceptos de acción que se emplean son normativos por cuanto distinguen lo acaecido de lo realizado, lo que pasa de lo que hacemos. Conceptos de acción como los propuestos por los diversos autores de la doctrina penalista son normativos, no porque respondan a una intencional búsqueda de «desnaturalizar» –valga la expresión– la realidad, propia de la idiosincrasia del que define ese concepto, sino porque es el modo de referirnos en Derecho penal a los objetos que nos corresponde. En definitiva, toda identificación de un objeto desde el punto de vista del Derecho es ya un producto normativo. Y esto no es algo excepcional, sino el modo propio de manejarse en Derecho.

2. La afirmación anterior resulta confirmada plenamente a la hora de analizar la imputación objetiva. Razones hay para dudar de que dicha operación sea propiamente un juicio de carácter imputativo como tampoco de carácter solamente objetivo[65]. Pero no es preciso llegar a tanto para apreciar que en el juicio de imputación objetiva se dan cita las determinaciones del legislador en un tipo concreto y la subsunción de lo fáctico en esa premisa. Y eso es normativo en cuanto que se parte de un criterio abstracto desde el cual se valora la realidad fáctica. Tópicos como los de riesgo típicamente relevante, ámbito de protección de la norma, adecuación social, riesgo permitido… son de carácter normativo en cuanto que son valoraciones, y no porque se asocien a las leyes emitidas por el legislador. Si acaso, la positivización es una consecuencia del carácter que tiene esa operación humana de medir, sopesar o calificar lo que percibimos. La percepción de la realidad va acompañada de suyo de esa valoración. Que el legislador aspire a regular conductas humanas es algo que resulta ser normativo desde su origen, porque eso supone contar con la libertad. Y esta no es algo empírico, natural, por más que las neurociencias la persigan en los microsegundos de la inervación sensible. La imputación objetiva es un ámbito claro de la

---

[62] El modo de operar el jurista no supone una construcción teórica alejada de la realidad a la que se refiere, sino que es un modo propio de conceptualizar y abstraer esa realidad: cfr. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, p. 22. Por eso mismo, los enunciados jurídicos no entran en competencia con los de los científicos naturales, como tampoco con las construcciones filosóficas. El jurista ve la realidad a través del prisma propio, sin que eso suponga incurrir en constructivismo (*ibidem*, pp. 23-24).

[63] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, (4), 2019, p. 20: «quien no ha experimentado personal e íntimamente la resistencia de la cosa, la resistencia del concepto, la resistencia del argumento y la resistencia del texto, tampoco ha experimentado lo que es hacer dogmática».

[64] Así, «el delito [es] *acción*, esto es *movimiento corporal voluntario*. De forma más precisa: movimiento corporal voluntario, es decir, movimiento corporal *consciente y determinado a través de las representaciones*»: V. LISZT, *Das deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs*, 1.ª ed., Berlin, Leipzig, 1881 (reimpr., Goldbach, 1997), § 19, p. 70 (r.o.). Sobre este concepto naturalístico de acción, cfr. las consideraciones críticas de ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, pp. 36-37, para quien el concepto de acción se halla por encima de la realidad del mundo natural, pero sin incurrir en los excesos del «normativismo».

[65] Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, «¿En qué medida imputa y es objetiva la "imputación objetiva"?», en *La libertad del Derecho penal y otros estudios sobre la doctrina de la imputación*, 2014, pp. 105-117. Previamente, «Ist die "objektive Zurechnung" objektiv und zurechnend?», en HEINRICH/JÄGER *et al.*, *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, 2011, v. 1, pp. 361-375.

operatividad de categorías de carácter normativo[66]. Es más, se enfoca como el conjunto de criterios para valorar un factor como algo típico[67]. Ya he mencionado una serie de tópicos, y lo mismo cabría decir del estadio del análisis de la realización del riesgo en el resultado. Y eso porque la adjudicación de responsabilidades entre autor, víctima y terceros es algo netamente jurídico y, por tanto, valorativo. Con todo, el empeño en reservar un espacio relevante a la causalidad no parece muy coherente[68], salvo que lo entendamos como una opción normativa de selección de factores relevantes que, en esa medida, se «des-ontologiza». Por otra parte, la separación entre «conducta típica» e «imputación del resultado» *á la* Frisch no resta normatividad al enfoque: tanto una como otra presentan carácter normativo[69].

3. Si centramos la mirada en una realidad vinculada a lo psicológico, como es el dolo, parecería que ahí conocimiento y voluntad aportarían exigencias empíricas y no normativas. Pero como es fácil de ver, ni en planteamientos naturalistas como el de v. LISZT el enfoque empírico era el adecuado. Y no podía serlo porque la captación del dolo como causalidad psíquica no deja de ser una metáfora de algo que no presenta dimensiones empíricas (el conocimiento y la voluntad)[70]. Sea como fuere, las diversas posiciones del dolo son menos psicológicas –y por tanto, menos empíricas o naturalísticas– de lo que se pretende[71]. Si del dolo pasamos a la imprudencia, el carácter normativo de los elementos y conceptos se ve reafirmado, porque la idea misma de error y de vencibilidad exige sopesar la realidad no por lo que empíricamente es, sino por la valoración que de ella se desea efectuar. Por tanto, pasa a primer plano la finalidad de esa figura. Y en el ámbito de la autoría y participación son asimismo criterios normativos de decisión sobre el concepto mismo de autor y sus partícipes los que se imponen[72].

---

[66] Cfr. por todos, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2001, pp. 55-85.

[67] En palabras de ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 11, nm. 46: «En definitiva, cometido de la imputación como tipo objetivo es ante todo indicar las circunstancias que hacen de una causación (límite último de la posible imputación) una acción típica».

[68] Así, el planteamiento de ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 11, nm. 1, quien reconoce que no hemos logrado aclarar la operatividad de las causas, pero «que ese uso habitual del lenguaje resulta inofensivo para la aplicación práctica del Derecho» (nm. 4). A este respecto, resultan muy gráficas las palabras de GIMBERNAT ORDEIG, «La causalidad en Derecho penal», *ADPCP* 15 (1962), pp. 543-580, 547: a la intromisión de las ciencias extrajurídicas «hay que achacar, en gran parte, la desproporcionada importancia alcanzada por el problema causal en nuestra disciplina: las teorías que se suceden buscan apoyo en otras ramas del saber, mientras que la ciencia del Derecho –la propiamente llamada a dilucidar la cuestión– asiste a la polémica como espectadora.» (cfr. EL MISMO, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (orig., 1962, 1966), 1990.

[69] Cfr. FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, 2004, con aportaciones diversas de sendos autores.

[70] Para el concepto de dolo, cfr. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, p. 39, en donde insiste en su punto de vista de elaboración de los conceptos jurídicos sobre la realidad de la vida cotidiana.

[71] A este respecto, es muy ilustrativo repasar la concepción de ROXIN sobre el dolo. La «esencia del dolo» es el desarrollo o realización del plan (ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 12, nm. 6), si bien valorando dicho plan objetivamente (*ibidem*), lo cual ya no es algo tan psicológico, sino que se ha convertido en un criterio que está más allá o que supone normativizar la supuesta realidad empírica. Y cuando propone criterios o directrices de interpretación de los tipos (nm. 15), está aportando elementos de valoración para una realidad que escapa a la percepción. Es más, es una tarea sumamente difícil la de verter lingüísticamente de forma adecuada un fenómeno que es psicológicamente muy sutil y en el que operan tendencias irracionales y conscientes solo relativamente (nm. 27), de modo que se trata entonces de considerar como eventual o como directo unos casos y otros en función de criterios normativos. Para concluir que la idea de decisión del agente, *como todos los conceptos jurídicos*, ha de enjuiciarse según parámetros normativos y no como puro fenómeno psicológico (nm. 30). En definitiva, es clave el punto de vista desde el que se valora, sin que sea posible una precisión matemática (nm. 73).

[72] Cfr. CUERDA RIEZU, «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español», *ADPCP* 45 (1992), pp. 491-514, 495.

4. Y es sobre todo en sede de culpabilidad donde se percibe la normativización más palmaria. Se trata ciertamente del concepto normativo por antonomasia: a partir de planteamientos naturalistas, asistimos a su progresiva «desnaturalización» o «desempirización» hasta llegar a su plena normativización[73]. Ideas como las de reproche, imputabilidad, conocimiento de la norma, poder actuar de otro modo, etc. han acabado por extraer la culpabilidad del mundo de lo meramente causal o empírico, si es que alguna vez hubieran podido estar solamente ahí. Así, se entiende la afirmación de que en la actualidad un concepto de culpabilidad de carácter normativo es correcto y dominante[74]. Sin embargo, sería erróneo entender que la culpabilidad fuera el lugar de la normativización. El modo de afrontar otras categorías del delito, como se ha expuesto, es suficiente para evitar esa visión de la culpabilidad como reducto o ámbito privativo de lo normativo.

5. Nuestro análisis del carácter normativo de las categorías de la teoría del delito podría proseguir y entrar más en detalle, pero no es necesario si de lo que se trata es de constatar que es un modo de proceder generalizado y asentado[75]. Es el modo de proceder de los conceptos jurídicos[76], y no solo algo excepcional en algunos de ellos a modo de «decisión arbitral» ante la dificultad de que impere lo bio-psicológico. Entran aquí los desarrollos doctrinales de los últimos 40 años: la orientación a los fines, desprendiéndose de realidades ontológicas[77]. Más allá de que el contenido de lo «ontológico» está por concretarse, parece claro que se evita lo empírico (biológico, psicológico, neuronal, etc.). Y así, esas posiciones se autocomprenden como concepciones moderadamente normativas (o normativas con mala conciencia[78], podríamos decir). Es más, parecen gozar de amplia aceptación. De los enfoques teleológicos y funcionales dirá ROXIN que van en aumento[79].

6. En realidad, la normativización de las categorías es algo propio de saberes como el Derecho[80]. No es cuestión, según se viene exponiendo, de optar por una visión más o menos normativizada, o una más o menos empírica, sino de ser conscientes de que nuestro modo de proceder es de

---

[73] Con el riesgo que se percibe en ello: cfr. PALMA, M.F., «Inimputabilidad y oportunidad en Derecho Penal (entre la psiquiatrización del Derecho Penal y la judicialización de la Psiquiatría», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, 2020, pp. 583-596.

[74] Cfr. ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 19, nm. 11, 15. Entre los planteamientos más recientes, cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, 2005, pp. 373-390.

[75] Por aquí va la ciencia del Derecho penal en la actualidad, sobre los avances del finalismo y neoclasicismo (cfr. ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 7, nm. 23, siguiendo a Gallas). Con todo, siguen siendo necesarias decisiones valorativas frente al ontologicismo finalista (cfr. *ibidem*, nm. 24).

[76] Cfr. ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 12, nm. 30.

[77] Cfr. ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 7, nm. 26.

[78] Así, ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 7, nm. 27; ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., 1973 (trad. de la 1.ª ed., 1970, Muñoz Conde: *Política criminal y sistema*, 1972), *passim*. Sobre el planteamiento de JAKOBS, cfr. ROXIN/GRECO, *ibidem*, nm. 30; SCHÜNEMANN, en *FS-Roxin*, 2001, pp. 13-20; EL MISMO, en *Modernas tendencias*, pp. 644-652.

[79] Cfr. ROXIN/GRECO, *Strafrecht*, § 7, nm. 32. Con todo, su enfoque se desmarca de lo «normativista», pues quiere estar –afirman– cerca y atento «lo más exactamente posible a la realidad de la vida» (ROXIN/GRECO, *ibidem*, § 8, nm. 75). No resulta extraño que la idea se encuentre ya en una de las tempranas aportaciones del primero, a propósito de la obra de Radbruch: ROXIN, «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts», en Arth. KAUFMANN (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, 1968, pp. 260-268, 265. Sobre el significado del funcionalismo, resulta esclarecedor FEIJOO SÁNCHEZ, en *Teoría de sistemas*, pp. 437-438, en n. 5.

[80] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, p. 301: «toda la problemática estudiada puede reconducirse a una dicotomía fundamental, aquella que transita entre el enfoque atento a la descripción y averiguación de la realidad psíquica subyacente a los elementos subjetivos, y el que pretende convertir la formulación y constatación de tales elementos en un proceder fundamentalmente normativo».

carácter normativo. Y, conscientes de esto, contar con los límites para que no se convierta en el reino de la arbitrariedad. Allá donde nos referimos a la libertad, la conducta humana, la imputación, la responsabilidad, por ejemplo, el lenguaje que empleamos es el de juicios y enunciados no empíricos. Esto se debe a que tales realidades transcienden lo mensurable-empírico, ya que se sitúan en el plano de la comprensión. A esto ya me refería en el lugar citado[81]. Deseo ahora insistir en que no se trata de una mera peculiaridad de ciertas categorías de los penalistas, como si la imputación objetiva y la culpabilidad, por ejemplo, fueran el espacio para lo normativo en medio de un mundo dominado por la causalidad y lo empírico (a modo de reparto equitativo de cuotas entre un enfoque y otro). Se trata del modo propio de proceder de la dogmática jurídica[82].

7. Pero que la dogmática opere mediante conceptos de carácter normativo no significa que sea el reino de la arbitrariedad como en ocasiones parece oponerse con recelo o prevención[83]. Ya el dato de que, tras siglos de mayores o menores avances de las civilizaciones, podamos seguir entendiéndonos y empleando un patrimonio conceptual compartido es síntoma de que no nos movemos en el dudoso ámbito de lo arbitrario, ni en el difuso campo de lo imprevisible, ni menos todavía en una caprichosa irracionalidad. Que podamos adoptar decisiones arbitrarias y erróneas es algo que cabe imaginar, y sucede no pocas veces, como es fácil comprobar. Comprobar que tales decisiones son erróneas es algo posible desde parámetros de corrección que proporcionan los principios y premisas normativas[84], y desde estos podemos afirmar que se tratan de errores, de enunciados «falsos», por no verdaderos. Incluso aquellos intentos de «fisicalizar» el Derecho mediante su anclaje en lo biológico o lo empírico en general no han conducido precisamente a resultados más respetuosos con aquellas realidades y valores humanos que nos enorgullecemos de defender. Me refiero, sin ir más lejos, a las consecuencias de un positivismo naturalista que lo mismo defiende la causalidad física y psíquica como la intervención médica coactiva para prevenir delitos[85].

Con todo, la dogmática actual no parece correr este riesgo tanto como el de su sustitución por un decisionismo autocomplacido y excluyente de propuestas valorativas. Algunas visiones de la dogmática aspiran a presentarla como autoritaria o como instrumento de autoritarismo. Ponen de relieve una opción excluyente de quien no se resista a ceder a la pretensión antidogmática. Sin embargo, la alternativa que se ofrece es entregarse a un mero juego de opiniones –decisionismo– en búsqueda de la mayoritaria, y expulsar los controles de racionalidad del debate. Consenso, sí, pero meramente técnico-numérico. Y ahí la racionalidad, la verdad práctica (incluso la verdad teórica), no tienen cabida[86]. Esta desconfianza hacia la dogmática recuerda el

---

[81] Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *Derecho penal y persona*, pp. 28-35.

[82] Muy gráficas las palabras de JAKOBS, *Sobre la normativización*, pp. 34-35, a propósito de la causalidad en Derecho penal: «si el sistema del Derecho penal hace uso de la causalidad en sentido científico-natural, ello no sucede porque ésta fuera algo predado para la sociedad, sino porque la sociedad ha elevado esa causalidad a un criterio de sentido, de modo que cuando éste no es respetado, sólo puede constatar un sinsentido».

[83] Cfr. la defensa de la labor dogmática que efectúa DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Reivindicación de la (buena) dogmática», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, 2020, pp. 129-139.

[84] Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *Derecho penal y persona*, pp. 25-59.

[85] Cfr. la crítica en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 52. Es llamativo que se resalte la faceta del v. LISZT garantista, cuando va en dirección contraria otra faceta de su obra, la de sus propuestas intervencionistas en materia de penalidad y delincuentes peligrosos. Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, 2008, pp. 345-346, n. 96.

[86] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal,* (4), 2019, pp. 23-26.

reproche lanzado por las «filosofías de la sospecha» y, a juicio de las críticas vertidas, por razones no muy distintas de estas. Se sospecha de la dogmática, y de los dogmáticos, y por eso se les excluye sin exigirse previamente un mínimo de los requerimientos ideales para el discurso que se dice defender.

5. Las operaciones del Derecho

1. Además de la dogmática, conviene finalmente volver la mirada a algunas de las operaciones del Derecho, con objeto de valorar en qué medida es posible un adecuado planteamiento normativo. Me parece posible afirmar el carácter normativo de sus enunciados al menos en estas operaciones habituales: al legislar (párr. 2); en la interpretación de textos (párr. 3); en la prueba de hechos (párr. 4); en los juicios de imputación (párr. 5) y las valoraciones (párr. 6). Esta última consideración puede contribuir a delimitar qué significa la afirmación inicial de que el Derecho opera mediante conceptos normativos, y que estos deben someterse a la crítica de la verdad por su correspondencia o no con los principios y premisas.

2. La actividad del *legislador* presenta al menos dos facetas de especial interés a estos efectos. Por un lado, la de emitir o establecer prohibiciones y prescripciones. En esta, resulta clave el respeto de los límites indicados, entre lo cuales no es menos importante el tercero, el de la capacidad performativa, que da lugar a que se cuente con las condiciones de seguimiento de esos mensajes legales. Por otro lado, la faceta de definir o establecer conceptos en la ley, que a partir de entonces tendrán una vigencia específica en ese entorno. Me refiero al uso de presunciones y ficciones. Estas son ineludibles en el Derecho, por lo que no se trata de medios extraños o inusuales, sino muy comunes. Para respetar los límites, veo importante prestar atención al de consistencia. Así, la asignación de efectos a través de ficciones o presunciones debe respetar la finalidad de la institución y el contexto en el que se produce. La teleología de las instituciones es clave para trazar los límites de la vigencia y eficacia de una disposición legal que contiene ficciones o presunciones. Y esto valdría, en la medida en que lo sean, para las definiciones legales de conceptos.

3. Cabe identificar, además, las operaciones de *interpretación* de textos (de leyes, contratos, declaraciones, aforismos…). En tal caso, el jurista recurre a los instrumentos de interpretación (cánones) reconocidos, a los que cabría añadir además la ponderación, como el medio para operar con los enunciados jurídicos que calificamos como principios. Ambas operaciones –interpretación y ponderación– suponen que el intérprete se desprende y separa del texto, el cual es visto no como un objeto inerte o una realidad cerrada, sino como expresión de voluntad, sea de la ley en sí, sea del autor de la ley: así, *voluntas legis* y *voluntas legislatoris* son puntos de referencia mediante los cuales enunciamos que hay algo dotado de significado más allá de la apariencia significante[87]. Enfoques como los de la hermenéutica parecen confirmar que no estamos describiendo, midiendo o cuantificando algo perceptible sensorialmente, sino *haciendo decir algo* a la declaración de voluntad del autor del texto. Lo que realizamos al interpretar textos y ponderar principios es emitir una pretensión de validez a propósito del texto, y eso exige contar, emplear y proyectar la teleología del precepto y de la institución[88]. En este sentido, se

[87] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal,* (4), 2019, pp. 22-23; EL MISMO, «Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho penal», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, *Estudios de Filosofía del Derecho penal*, 2006, pp. 367-395.

[88] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *InDret Penal*, (4), 2019, p. 22.

trata de una operación de carácter normativo. Y esto requiere mínimos de razonabilidad: de nuevo, coherencia lógica, consistencia valorativa y capacidad performativa.

4. Distinto es lo que acontece cuando decimos que *probamos* los hechos. La prueba, sea de la realización de la acción, sea de los elementos de esta, como también de la existencia y cualidades de los objetos, es una operación que reviste, de entrada, el carácter de una descripción, una constatación. De este modo, nos hallaríamos aquí más cerca de los saberes empíricos. A fin de cuentas, la prueba de una sustancia química (veneno, alcohol…) en el organismo es algo empírico que interesa a químicos, forenses y juristas[89]. Algo común al laboratorio y al foro, a la ciencia y a la jurisprudencia: la operación de constatación de algo dado funcionaría de manera semejante a la interpretación y ponderación, según se ha expuesto. Sería el modo de operar el Derecho en tales casos, con datos, objetos, estados y procesos a constatar. Y como constatación de algo que viene dado, pareciera que el Derecho se entrega aquí a los saberes empíricos, que son los expertos y capacitados para describir la realidad. En buena medida, la distinción que hacemos entre los juicios del forense y los del juez, en los procesos pondría de manifiesto esta «incompetencia» del Derecho para lo empírico y, en cambio, y a la vez, su apertura y remisión a los datos que proporcionan las ciencias y saberes naturales. A pesar de ello, y como vengo sosteniendo, abrigo dudas sobre esta dicotomía: ni me parece tan clara, ni me resulta tan aleccionadora. No es clara, porque cuando el Derecho opera con tales datos empíricos, está procediendo *como Derecho*. Esto es, prueba lo que necesita probar (para fundamentar un juicio de culpabilidad, por ejemplo). No serían, por tanto, enunciados meramente *constatativos*, sino dirigidos a una concreta finalidad u objetivo que es lo que les da sentido[90]. Y es que además resulta menos aleccionadora de lo que inicialmente parece, puesto que de ese empleo de datos empíricos no se sigue que el Derecho se entregue a las ciencias naturales. Significa tan solo que los juristas empleamos aquellos datos y realidades que necesitamos, pero siempre «procesándolas» *ad modum proprium*[91], esto es, con vistas y modos específicamente jurídicos, normativos[92]. Por tanto, en definitiva, tampoco el sentido «constatativo» de estas operaciones enmienda el carácter normativo de los enunciados del Derecho.

5. Las operaciones de interpretación y prueba se entrelazan a menudo con las de *imputación*. En efecto, cuando atribuimos a alguien haber realizado un hecho, muy posiblemente sea en el marco de la interpretación de un texto legal, cuyo sujeto estamos buscando. También puede entremezclarse esta operación de imputar con la de valorar lo realizado, lo imputado, y de la que se tratará enseguida. Lo específico de la operación de imputación reside en ser un juicio de atribución que se mueve en un plano diverso al de la mera causalidad. También al imputar

---

[89] Obsérvese que la inaccesibilidad de los elementos internos (cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito*, pp. 323 ss.) es compatible con el conocimiento de indicios sobre los que emitir juicios de imputación.

[90] Podría recordarse la gran diferencia, cualitativa, y no de mera cantidad, entre las doctrinas individualizadoras de la causalidad, y en particular las de la causalidad *adecuada*, frente a las de la *nuda* causalidad (cfr. MIR PUIG, *DP. PG*, 2015, 10/42). La selección entre factores causales con arreglo a algún criterio selectivo (relevancia, determinación, etc.) supone emplear algo que ya no es mera causalidad.

[91] Con expresión de FEIJOO SÁNCHEZ, en *Teoría de sistemas*, p. 439: «pasadas por el tamiz dogmático».

[92] Aquí la circularidad hermenéutica explicaría cómo la prueba lo es de algo que se requiere para hacer viable la aplicación de un precepto, y este presupone elementos fácticos que se *desean* probar. Procede tener en consideración la crítica que dirige PUPPE, *ZIS,* (4), 2020, pp. 143-150, al normativismo (constructivismo), por confundir este las valoraciones con los hechos a valorar (p. 144). Para ella, seleccionar e identificar los hechos es tarea ineludible, previa a la de su valoración. El objeto de la ciencia del Derecho es la desnormativización de las valoraciones al aplicarlas al caso singular (p. 147). Con todo, me parece que esa tarea de selección de los hechos no viene desprovista de valoraciones que serán aplicadas a continuación: aquí, una vez más, la circularidad hermenéutica anticipa las valoraciones. Es más, los hechos vienen delimitados por el sentido que adquieren en el contexto concreto.

entablamos una conexión entre lo realizado y un sujeto. Pero no se trata de la mera conexión causal, aunque esta se halle presente las más de las veces. Se trata de una conexión de sentido con arreglo a otro criterio: el de ser agente y el de que ese agente haya actuado mal. Con otras palabras, el sentido de que se ha actuado, y del reproche por ese actuar. Procedemos aquí sobre la base de experiencias y conocimientos personales que se han ido aquilatando a lo largo de nuestras relaciones interpersonales y que nos permiten extraer o inferir consecuencias. Así, atribuimos libertad, voluntariedad, conocimiento, intención, etc. no porque los veamos, esto es, porque empíricamente sean percibidos, sino porque, con base en una consolidada praxis social y personal, pertenecen a nuestro modo de ser personas en sociedad, a nuestras interacciones[93]. Dicha praxis incluye elementos de conocimiento propio y de conocimiento que tenemos del entorno, incluyendo nuestra percepción sobre otros sujetos[94]. Sobre esta base, partimos de la necesidad de conocimiento y voluntad para responder. Y ambos son inferidos a partir de la experiencia acumulada sobre datos o experiencias externas. Pero ni vemos ni apreciamos el conocimiento o la voluntad como vemos los colores o sentimos los sonidos del lenguaje. En cambio, los inferimos[95]. Que exista base empírica en ambas funciones psicológicas parece evidente (estímulo luminoso transmitido a través del nervio ocular, por ejemplo), pero no es el ojo quien conoce, sino el sujeto cognoscente. Y no necesitamos muchos datos de carácter empírico para inferir de manera sensata y racional que el sujeto conoce o quiere. En todo caso, nuestras operaciones de imputación, de atribución de responsabilidad, no presentan el carácter de afirmaciones empíricas (peso, volumen, composición, forma...), y no por eso son arbitrarias o equivocadas. Cabe afirmar la corrección de los juicios y enunciados de imputación, aunque carezcan de contenido empírico. Si aspiramos a desterrar la duda sobre esos juicios, respetando el modo de proceder aquilatado por la experiencia compartida a lo largo del tiempo, ya están dotados de suficiente certeza, y a ellos les acecha el mismo riesgo de incerteza que a cualquier otro[96]. Por tanto, la certeza no devendría de una mayor carga empírica, de mirar más al objeto natural implicado, sino a la alineación con su teleología y la función que cumple en términos normativos.

6. Finalmente, junto a las operaciones de interpretación, empleamos también juicios de *valoración*. Si la interpretación viene a establecer la dimensión y alcance del enunciado textual, la valoración lo aplica a un caso singular, que es un hecho o situación. Al valorar empleamos la operación de subsunción de una realidad bajo una premisa ya pre-establecida. Así, afirmamos de algo que es correcto, bueno, blando o azul, por ejemplo. De nuevo, se trata de juicios empíricos en unos casos, como de normativos en otros. La subsunción opera en ambos casos, pero lo que varía son los objetos a los que se aplica y el criterio empleado. Lo que en lo empírico es de carácter comparativo (entre dos realidades: el baremo de medición y lo medido), aquí es valorativo (entre dos realidades: la regla y lo subsumido)[97]. Particularmente en Derecho penal conviene tener en

---

[93] Ha señalado SCHÜNEMANN, *InDret Penal,* (1), 2008, p. 13, con expresión gráfica, que se trata de concretar progresivamente, conceptos abstractos en ideas más precisas por medio de su «desnormativización» (cfr. EL MISMO, en *FS-Roxin*, 2001, p. 3).

[94] Cfr. SCRUTON, *Sobre la naturaleza humana*, p. 44, para quien es propio de la persona la «actitud intencional», el vernos y comprendernos a nosotros mismos y a los demás como «sistemas intencionales».

[95] Que procedamos por inferencia de la intención, voluntad y conocimiento, significa que esa operación sea siempre correcta. Se habla en Psicología de mecanismos de detección de agentes en cuanto reacciones animistas que ven conductas detrás de frustraciones cognitivas. Cfr. BARRET/JOHNSON, «The Rol of Control in Attributing Intentional Agency to Inanimate Objects», *Journal of Cognition and Culture* 3 (2003), pp. 208-217.

[96] Y aunque puede darse lo contrario, las propuestas doctrinales de corte normativo no suelen ahorrarse el esfuerzo por concretar cuándo procede, y por qué, la imputación, cuándo el sujeto sabe o quiere. Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal*, 2012, pp. 149-150.

[97] Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *Derecho penal y persona*, pp. 48-49.

cuenta que las operaciones de interpretación y valoración se entrelazan con las de imputación sin que pueda afirmarse que se trata de operaciones nítidas y sin mezcla.

* * *

Recapitulemos. En la dogmática jurídica empleamos enunciados de carácter normativo, que no dejan de serlo porque en ocasiones se refieran a realidades constatables empíricamente, ni tampoco por eso mismo se dotan de más fuerza y mayor validez. A su vez, en el mundo del Derecho empleamos diversas operaciones, que dan lugar a otros tantos modos de enunciados: de *establecimiento* de preceptos, de *interpretación* de textos, de *prueba* de datos o elementos, de *imputación* de hechos y de reproche por estos, y de *valoración*. Y en ellas contamos con operaciones, respectivamente, de emisión de normas (al prohibir, prescribir o permitir) de indagación y ponderación (al fijar el sentido del texto), de constatación (al afirmar la existencia o concurrencia de datos); de inferencia (al imputar y reprochar); y de subsunción (al valorar desde el prisma de una regla). Todas ellas revisten carácter normativo en cuanto que, como nos ha servido de punto de partida, es lo propio de tomar en cuenta la acción humana y el ámbito de la libertad. Si dichas operaciones son propiamente normativas es porque aspiramos a emplearlas en la praxis y por eso a gozar de aceptación, ser compartibles. Lo cual requiere respetar la coherencia lógica, consistencia valorativa y capacidad performativa, que trazan sus límites idóneos, porque no se mueven en el ámbito del empirismo ni en el del constructivismo. Vuelvo a la frase con la que concluye el texto «Lo normativo y lo fáctico», tantas veces aquí citado: y es que, si resulta *absurdo prohibir las mareas*, no menos lo es seguir *buscando la libertad* en la oficina de objetos perdidos.

6. Bibliografía

BARRET/JOHNSON, «The Rol of Control in Attributing Intentional Agency to Inanimate Objects», *Journal of Cognition and Culture* 3 (2003), pp. 208-217.

CANCIO MELIÁ, «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (eds.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 57-78.

——— *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.ª ed., J.M. Bosch, Barcelona, 2001.

CASANUEVA SANZ, *La incidencia del consumo de drogas en la imputabilidad*, Thomson. Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

CIGÜELA SOLA, «*Compliance* más allá de la ciencia penal. Aportaciones de la sociología de las organizaciones al análisis de la criminalidad corporativa y de la imputación jurídico-penal», *InDret. Revista para el análisis del Derecho. Sección Penal,* (4), 2019, pp. 1-35.

CUERDA RIEZU, «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español», *ADPCP* 45 (1992), pp. 491-514.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Reivindicación de la (buena) dogmática», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Reus, Madrid, 2020, pp. 129-139.

DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990.

DREYFUS/TAYLOR, *Recuperar el realismo* (orig., 2016; trad., Carabante), Rialp, Madrid, 2016.

ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, 2.ª ed., Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1965.

FEIJOO SÁNCHEZ, «La normativización del Derecho penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, pp. 435-544.

——— «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», *Cuadernos de Política Criminal* núm. 65, 1998, pp. 269-364.

FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2004.

GARCÍA AMADO, «Neokantismo y Derecho penal. Sobre el papel y el sentido de la dogmática penal y sobre el papel de los penalistas», en DE VICENTE REMESAL, Javier *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Reus, Madrid, 2020, pp. 153-157.

GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (orig., 1962, 1966), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

——— «La causalidad en Derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 15 (1962), pp. 543-580.

JAKOBS, «La idea de normativización en la dogmática jurídico-penal» [trad., Cancio], en EL MISMO, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Thomson-Reuters-Civitas, Madrid, 2003, reimpr., 2016, pp. 15-45.

KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften, Berlin, vol. IV.

KELSEN, «Causalidad e imputación» (1950), en *¿Qué es justicia?* (trad., Calsamiglia), Ariel, Barcelona, 1992, pp. 221-253.

——— «Causalidad y retribución» (1941), en *¿Qué es justicia?* (trad., Calsamiglia), Ariel, Barcelona, 1992, pp. 194-220.

——— *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2.ª ed., Deuticke, Wien, 1960.

KINDHÄUSER, *et al.* (coords.), *Strafrecht und Gelleschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

V. LISZT, *Das deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs*, 1.ª ed., Berlin, Leipzig, 1881 (reimpr., Keip, Goldbach, 1997).

MARTÍNEZ DORAL, *Estructura del conocimiento jurídico*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1963.

MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Repertor, Barcelona, 2015.

——— «Límites al normativismo en Derecho penal», en ALONSO GARCÍA, Ricardo *et al.* (eds.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 665-690.

MIRÓ LLINARES, «Cientismo, dogmatismo y Derecho penal», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Reus, Madrid, 2020, pp. 279-288.

——— «Hechos en tierra de normas: Una introducción epistemológica a la relevancia de la realidad fáctica en el Derecho penal», en SUÁREZ LÓPEZ *et al*. (dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje al Prof. Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 451-473.

MORESO, *Lo normativo: variedades y variaciones*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.

NUSSBAUM, *La ira y el perdón. Resentimiento, generosidad, justicia* (orig., 2014; trad., Altamirano), Fondo de Cultura Económica, México, 2018.

OLLERO TASSARA, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

PALMA, «Inimputabilidad y oportunidad en Derecho Penal (entre la psiquiatrización del Derecho Penal y la judicialización de la Psiquiatría», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Reus, Madrid, 2020, pp. 583-596.

PAREDES CASTAÑÓN, «Dolo y psicología de sentido común», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Reus, Madrid, 2020, pp. 875-885.

PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

PÉREZ DEL VALLE, *La imprudencia en el Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2012.

PUPPE, «Vom Naturalismus zum Normativismus, von der Systematik zur Topik. Der Niedergang der deutschen Strafrechtswissenschaft vom Allgemeinen Teil», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik,* (4), 2020, pp. 143-150.

——— «Naturalismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal moderna» (orig., *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1994, pp. 297-318; trad. Pastor Muñoz), en EAD., *El Derecho penal como ciencia*, BdeF, Buenos Aires, Montevideo, 2014, pp. 137-171.

RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* I, 5.ª ed., C.H. Beck, München, 2020.

ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1973 (trad. de la 1.ª ed., 1970, Muñoz Conde: *Política criminal y sistema*, J.M. Bosch, Barcelona, 1972).

——— «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts», en Arth. KAUFMANN (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1968, pp. 260-268.

SÁNCHEZ-OSTIZ, «Lo normativo y lo fáctico», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA, *Derecho penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas, Lima, 2019, pp. 25-59.

——— «¿En qué medida imputa y es objetiva la "imputación objetiva"?», en *La libertad del Derecho penal y otros estudios sobre la doctrina de la imputación*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 105-117.

——— «Ist die "objektive Zurechnung" objektiv und zurechnend?», en HEINRICH/JÄGER *et al*., *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, de Gruyter, Berlin, New York, 2011, vol. 1, pp. 361-375.

——— *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2008.

SANDEL, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* (orig., 2009; trad., Campos), Debate, Barcelona, 2011.

——— *El liberalismo y los límites de la justicia* (orig., 1982; trad., Melon), Gedisa, Barcelona, 2000.

SCHUMACHER, *Una guía para los perplejos* (orig., 1977; trad., Saiz-Calleja), Atalanta, Girona, 2019.

SCHÜNEMANN, «El propio sistema de la teoría del delito», *InDret. Revista para el análisis del Derecho. Sección Penal,* (1), 2008, pp. 1-20.

——— «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», en EL MISMO *et al*. (coords.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Walter de Gruyter, Berlin, 2001, pp. 13-20.

——— «La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal» (trad., Sacher), en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, pp. 643-654.

SCRUTON, *Sobre la naturaleza humana* (orig., 2017; trad., Carabante), Rialp, Madrid, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, «Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal. Una defensa de la racionalidad valorativa», *InDret. Revista para el análisis del Derecho. Sección Penal,* (4), 2019, pp. 1-31.

——— «Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho penal», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO, *Estudios de Filosofía del Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 367-395.

——— *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992.

InDret

3.2022

Gabriel Rogé Such
Universidad de Barcelona

La relación entre dolo e imprudencia *¿Aliud* o *plus-minus*?

Diferentes problemas en la interpretación del dolo

Sumario

-

En el presente trabajo se intenta responder a la pregunta de si el dolo y la imprudencia se encuentran en una relación de aliud o de plus-minus, a partir de la distinción que podría hacerse entre los diferentes objetos de interpretación en los que podría recaer la actividad del intérprete: descubrir un suceso psíquico, interpretar un determinado comportamiento o estipular el significado de un enunciado lingüístico.

Abstract

-

This paper aims to answer if Intention and Negligence are in a relationship of aliud or plus-minus, according to the distinction that could be made regarding the different objects of interpretation in which the interpreter's activity relies on to discover a psychic event, to ascribe meaning to a certain behavior, or to stipulate the meaning of some expression.

Abstrakt

-

In diesem Beitrag wird versucht, die Frage zu beantworten, ob Vorsatz und Fahrlässigkeit in einem Verhältnis von aliud oder plus-minus stehen, wobei unterschieden wird, auf welchen Interpretationsgegenstand die Tätigkeit des Interpreters fällt: die Entdeckung eines psychischen Ereignisses, die Bedeutung eines bestimmten Verhaltens, oder die Festlegung der Bedeutung einer sprachlichen Aussage.

Titel: *Vorsatz als Aliud oder Plus-Minus in Bezug auf die Fahrlässigkeit?*
Title: *Intention as an Aliud or Plus-Minus with respect to Negligence.*

-

Palabras clave: Dolo, Imprudencia, Aliud, Plus-Minus, Indicadores.
Keywords: *Intention, Negligence, Aliud, Plus-Minus, Indicators.*
Stichwörter: *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Aliud, Plus-Minus, Indikatoren*.

-

DOI: 10.31009/InDret.2022.i3.06

-

InDret

3.2022

Recepción
09/11/2021
-
Aceptación
06/05/2022
-

Índice

-

1. Introducción al problema.
2. Sobre la discusión aliud y plus-minus.
2.1. Una relación cualitativa.
2.2. Una relación cuantitativa.
3. Distintos objetos de interpretación.
3.1. Interpretación de entidades lingüísticas.
3.2. Interpretación de un evento psíquico.
3.3. Interpretación de conductas humanas.
4. Problemas de indeterminación.
4.1 Lagunas normativas.
4.2 Lagunas de subsunción.
5. Conceptos disposicionales e indicadores.
6. Conclusión.
7. Bibliografía.

-

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

1. Introducción al problema

En el lenguaje jurídico no es lo mismo interpretar palabras que interpretar –o subsumir– hechos. En el primer caso, la actividad tiende a fijar el campo semántico al que se puede aplicar un término, mientras que en el segundo la tarea consiste en especificar si un determinado suceso o evento puede ser considerado una acción. Al hablar de dolo e imprudencia y, sobre todo, de los problemas que se suscitan en la delimitación de ambas figuras, es necesario aclarar cuál es el objeto al cual se le está atribuyendo un significado.

La vaguedad con la que se suele acusar a estas dos categorías jurídicas es un problema al que no escapan ni siquiera los lenguajes tan formalizados como el de las matemáticas. Así, hace exactamente cien años, Albert Einstein llamaba la atención sobre lo irónico que podía parecer el hecho de contar con un lenguaje exacto en el plano teórico y la vaguedad o porosidad a la que suelen enfrentarse los teóricos cuando pretenden aplicar los conceptos a la realidad. La frase expresada para ilustrar el problema sería retomada años más tarde por algunos filósofos del Derecho, como ALCHOURRÓN y BULYGIN, para exhibir ciertos dilemas a los que también se enfrentan los juristas: «*as far as the laws of mathematics refer to reality, they are not certain; and as far as they are certain, they do not refer to reality*»[1].

Por ejemplo, si pretendemos dar una definición sobre qué es el número 'cinco' podríamos decir que es el número que se ubica entre el cuatro y el seis. El significado obtenido parece ser bastante claro y preciso, pero permanece en un plano abstracto, es decir sin tomar contacto con la realidad. Sin embargo, cuando se intenta utilizar el número para describir una realidad empírica nos encontramos con que no existe nada en la experiencia sensible que se corresponda con dicho número. En este plano concreto no basta con conocer el significado de los términos utilizados, sino que es necesario echar mano a ciertas herramientas que, aunque sean ajenas al concepto abstracto, se encuentran vinculadas necesariamente con el mismo. Esto es lo que se conoce como «indicadores».

Evidenciada esta premisa, intentaré ofrecer una explicación al clásico problema de si el dolo y la imprudencia se encuentran en una relación cualitativa o cuantitativa. En general, la doctrina mayoritaria entiende que dolo e imprudencia son opuestos contradictorios. La explicación se basa en el significado cotidiano que tiene el término voluntad. Así, el dolo consistiría en aquello que se pretende, que se antepone como un fin o, dicho llanamente, que se quiere. La imprudencia sería lo que no se pretende o lo que se rechaza internamente, o incluso, lo que puede resultar desagradable.

Sin embargo, cuando esta distinción comienza a utilizarse en ámbitos normativos, lo que se considera voluntario adquiere límites menos exactos hasta reemplazar completamente su significado original. Así, el Derecho acaba por considerar voluntarias a todas aquellas conductas

---

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Plan Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad, del programa estatal I+D+i), titulado «Responsabilidad Penal por el hecho y Estado Democrático», cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Víctor Gómez Martín (Referencia: RTI2018-097727-B-100).

** Por las valiosas observaciones y sugerencias al texto que expuse en el marco de los seminarios organizados a propósito del proyecto mencionado, agradezco a los profesores Mirentxu Corcoy Bidasolo. Víctor Gómez Martín, Vicente Valiente Ivañez y Diego González Lillo. Asimismo, agradezco a Mauro Roccasalvo los agudos comentarios que formulara al borrador preliminar.

[1] EINSTEIN, *Geometry and Experience*, 1922, p. 1; ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sistemas Normativos*, p. 49.

en las que el sujeto no puede dar razones de que no quería el resultado[2]. Con el elemento intelectual sucede algo similar, ya que el mismo podría ser definido a través de diferentes conceptos psicológicos que también pueden presentarse en forma gradual: representación, creencia, creencia justificada (tener razones para creer), conocimiento (creencia justificada y verdadera), etc.

Hasta donde alcanzo a entender, esta confusión se produce porque algunas veces nos estamos refiriendo al dolo y a la imprudencia como entidades lingüísticas, mientras que en otras ocasiones se alude a ciertos hechos que tendrían la característica de ser dolosos o imprudentes[3]. En otras palabras, la respuesta a si se trata de categorías cualitativa o cuantitativamente distintas dependerá del hecho de si nos estamos refiriendo a ellas como términos o entidades lingüísticas, o bien si se intenta dar un significado a eventos o sucesos cerebrales o a ciertas conductas humanas. Dependiendo de cual sea el objeto al que nos estamos refiriendo, entonces podrá responderse a la pregunta de si entre el dolo y la imprudencia media una relación de *aliud* (cualitativa) o de *plus-minus* (cuantitativa).

Ahora bien, ¿qué relevancia puede tener distinguir si se trata de una relación cualitativa o una cuantitativa? Sencillamente que en el caso de que no pueda probarse el dolo, y se considere que la relación entre ambas es de clases, entonces habrá que forzar su vinculación recurriendo a un instituto que permita pasar de una categoría a la otra, lo que llevaría a la absolución cuando no estuviese prevista la modalidad imprudente[4]. Por el contrario, si se parte del entendimiento que entre dolo e imprudencia media una relación de grados, no sería necesario acudir a esta clase de institutos creados *praeter legem*, sino que sería posible condenar directamente por imprudencia[5].

El rendimiento que se puede obtener entre la actividad de interpretar palabras, por un lado, y la actividad de interpretar hechos, por el otro, no se limita únicamente a explicar si se trata de dos categorías cualitativa o cuantitativamente distintas y si es posible pasar de una a la otra, sino que también permite ofrecer respuestas a las diferentes clases de indeterminación a las que se suelen enfrentar los juristas cuando utilizan estas categorías.

El problema que se presenta cuando se interpretan entidades lingüísticas es similar al que afecta a cualquier tipo de lenguaje, esto es, la vaguedad. Esta dificultad puede reducirse con el uso de definiciones, pero no puede ser eliminada completamente, pues siempre podrían plantearse nuevos grupos de casos cuya calificación en abstracto resultaría dudosa. En cambio, si la indeterminación recae sobre un hecho, sea un evento cerebral o una conducta humana, entonces

---

[2] PUPPE, «§ 15», en *NK,* 5ª ed., Nomos, nm. 5, 23-27. La sigue GRECO, «Dolo sin voluntad», *Revista Nuevo Foro Penal*, (13-88), 2017, pp. 12-13. En el mismo sentido, también explica MOLINA FERNÁNDEZ que por un principio de economía cognitiva, psicológicamente se tiende a agrupar conjuntos de manera definida y separada, con puntos de corte precisos, aunque en la realidad los atributos se suelen presentar de una manera gradual o continuada. Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, Sorites y Derecho Penal», en JORGE BARREIRO (coord.), *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 727.

[3] También advierte sobre los diferentes problemas que generan el uso dogmático, o el significado de un concepto no aplicado a la realidad, y el uso judicial, o aplicación de los conceptos, SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la 'Interpretación' teleológica en Derecho penal», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO (eds.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, 2006, pp. 369 s. Por su parte, ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3ª ed., 1963, p. 26, distingue entre una operación de interpretación, entendida como aquélla en la que se determinan de manera general los casos afectados por el sentido de la ley, y la subsunción, que es la interpretación de la ley en la dirección del caso concreto.

[4] ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2020, nm. 24/78.

[5] PUPPE, «§ 15», en *NK*, nm. 5.

se trata de un problema que afecta a la subsunción de dichos conceptos. En este caso las dificultades pueden referirse a la falta de prueba sobre el hecho, supuesto en el que corresponde absolver por aplicación del principio *in dubio pro reo*, o bien a las limitaciones semánticas del concepto mismo pensado en abstracto que dificultan su aplicación, ocasión en la que habrá que acudir a herramientas conceptuales que faciliten el uso de dicho concepto (indicadores).

Por tanto, al margen de los problemas de prueba que podrían plantearse, el significado de dolo e imprudencia se ve afectado en un plano abstracto y en otro concreto. La primera clase de indeterminación semántica se resuelve reinterpretando la regla que permite imputar dolo o imprudencia, en forma tal que el grupo de casos «dudosos» o difíciles (*hard cases*) quede comprendido dentro del ámbito de su significado. Así, por ejemplo, a principios del siglo pasado se discutió si los casos de dolo eventual debían considerarse dolosos o no, o incluso hoy se debate en torno a la ignorancia deliberada. Por el contrario, los problemas semánticos que se producen en la aplicación no se resuelven con una nueva interpretación de tales reglas, sino a través de un catálogo de indicios o indicadores que permitan vincular el hecho con la regla.

En este trabajo intentaré justificar las siguientes tesis:

1º) la interpretación del dolo y la imprudencia como entidades lingüísticas abstractas se plantea en términos cualitativamente distintos. Por el contrario, la interpretación de los hechos a los que se califica como tales es de tipo cuantitativo.

2º) si el hecho que se califica como doloso e imprudente se refiere a sucesos o eventos cerebrales, el recurso a la prueba de indicios, que favorece la aplicación del concepto abstracto, resulta engañosa. Es incorrecto alegar que existe una relación «natural» entre cerebro y movimiento.

3º) si lo que se analiza son comportamientos humanos, entonces corresponde acudir al uso de indicadores convencionales que permitan aplicar el concepto. La razón por la que atribuimos un estado mental es de carácter convencional.

Comenzaré exponiendo en el segundo apartado aquellos argumentos que se sostienen a favor de considerar que entre el dolo y la imprudencia media una relación de *aliud* y los que consideran una relación *plus-minus*; luego, en el tercer apartado, distinguiré entre los diferentes tipos de interpretación que se pueden plantear con relación al dolo y a la imprudencia; a continuación exhibiré cuáles son los diferentes problemas que afectan a cada clase y cuáles serían sus soluciones.

2. Sobre la discusión *aliud* versus *plus-minus*

2.1. Una relación cualitativa

Quienes afirman que entre ambas figuras media una relación de *aliud* como, por ejemplo, JESCHECK y WEIGEND, entienden que la imprudencia no es una forma atenuada del dolo, sino que es algo diverso. El que realiza un comportamiento imputable a título de dolo actúa con conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, mientras que, a quien se le imputa imprudencia, actúa sin alguno de dichos elementos. Desde esta concepción no podría tener el mismo significado la conducta de quien persigue un resultado y la de quien actúa de

manera descuidada, sin darse cuenta, o incluso, teniendo el resultado como posible pero confiando en que no se llegaría a producir[6].

Por su parte, ROXIN también mantuvo parcialmente esta posición afirmando que, si bien el dolo y la imprudencia se excluyen conceptualmente uno al otro, no negaba que pudiera observarse también una relación gradual con respecto a la desaprobación social de la conducta. En otras palabras, se trataría de dos conceptos esencialmente distintos, pero que serían susceptibles de un reproche que solo es distinguible en razón de grados o cantidades, pues el dolo tendría un plus de injusto y de culpabilidad con relación a la imprudencia. Por esta razón ROXIN afirmaba que, aunque sean conceptos cualitativamente distintos, existe entre ambas una «relación gradual normativa»[7]. No obstante, en la más reciente edición de esta obra, ROXIN/GRECO se decantan completamente por una relación *plus-minus*, pues reconocen que el contenido del delito imprudente está incluido en el doloso, lo que podría ser graficado en la siguiente ecuación: [dolo = imprudencia + X][8].

El tipo de razonamiento que subyace a la relación cualitativa, como explica VARELA, obedece a una forma de reflexionar que parece guiada por una lógica de carácter binaria o bivalente, es decir, por un método en el que solo serían posibles dos alternativas y en el que no se admitiría una tercera solución intermedia. Las únicas respuestas plausibles se resuelven en términos de Verdadero/Falso, o de 0/1. La lógica que subyace tiene la ventaja de permitir zanjar el problema de la delimitación por sus extremos, dando como resultado compartimentos estancos; pero desconoce las zonas grises que pudieran presentarse entre ellos[9].

El dolo y la imprudencia serían, desde este punto de vista, categorías esencialmente distintas, definidas en términos opuestos como conocimiento/desconocimiento, voluntario/involuntario, a los que entonces correspondería aplicar marcos penológicos distanciados o, al menos, que no sean colindantes. Esto ocurriría, por ejemplo, con la pena prevista en España para el homicidio, de uno a cuatro años de prisión para el homicidio imprudente, y de diez a quince años de prisión para la modalidad dolosa.

Esta manera de ver las cosas tiene su origen en el lenguaje cotidiano, donde se suele contraponer el significado de aquello que se realiza con miras a alcanzar una finalidad antepuesta, pretendida, o lo que en el sentido natural de la palabra se entiende como «querido», y el significado que adquieren las conductas causadas por negligencia, descuido o falta de cuidado, que en el sentido natural se interpretan como «no querida»[10].

---

[6] JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 5ª ed., 2002, p. 606; ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., nm. 24/70 ss.; GAEDE, «§ 15», en *StGB*, 2013, nm. 61; DUTTGE, «§ 15», en SAFFERLING, *MüKoStGB*, 3ª ed., 2017, nm. 101-104; VOGEL/BÜLTE, «§ 15», en *Leipziger Kommentar StGB*, v. 1, 2020, nm. 12-20; STEIN, «§ 15», en WOLTER, *SK-StGB*, 9ª ed., 2017, nm. 12; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, «§ 15», en *S/S StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 3.

[7] ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, § 24, nm. 72. Lo sigue MYLONOPOULOS, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, 1998, pp. 74 ss. En relación con esta solución ecléctica de aludir a «grados normativos» para referirse solo a la pena, HERZBERG ironiza con que no se puede tener las dos cosas, es decir, seguir manteniendo un concepto dogmático en el que los términos se vinculan como un *aliud,* y una aplicación procesal de estos, donde los términos se relacionan de manera gradual. HERZBERG, «Der Vorsatz als 'Schuldform', als '*aliud*' und als 'Wissen und Wollen?», en *Festschrift 50-Jahre BGH*, v. IV, C.H. Beck, 2000, p. 63.

[8] ROXIN/GRECO, *AT*, nm. 24/80.

[9] VARELA, *Dolo y Error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, 2016, pp. 269-271.

[10] PUPPE, «§ 15» en *NK*, 5ª ed., nm. 6. También advierte sobre la confusión que proviene del lenguaje cotidiano HERZBERG, *Festschrift 50-Jahre BGH*, v. IV, p. 61.

La contraposición cualitativa se advierte tanto en los casos extremos, como en los más próximos. Así, si la intención o propósito se refería al supuesto de quien persigue la realización de las circunstancias del hecho, la imprudencia inconsciente designaba los casos en que dicha consecuencia había quedado oculta. También, los supuestos de dolo eventual aludirían a los casos ejecutados por quien se resignaba a la producción del resultado, y los de imprudencia consciente a aquellos realizados por quien confiaba simultáneamente en su no producción.

Esto explica por qué la concepción del *aliud* es favorecida, sobre todo, por aquellos autores que sostienen un concepto volitivo de dolo, según el cual dolo sería el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo[11]; pero también, en menor medida, por quienes defienden una concepción cognitiva, donde la clase de conocimiento que se requiere para imputar dolo no coincidiría con la que se suele exigir para la imputación del delito imprudente[12].

El sistema de la escuela clásica y neoclásica, al situar el dolo y la imprudencia en el plano de la culpabilidad, ofrecían una explicación de la conducta que resultaba indistinguible en el plano objetivo. La diferencia solo podía ser advertida desde el punto de vista interno y permitía cobijar relaciones cualitativas o cuantitativas entre ambos conceptos psicológicos. Sin embargo, con la irrupción del modelo finalista, al trasladar ambas categorías al injusto, la distinción pasó a ser explicada en un plano objetivo. De esta manera, el dolo y la imprudencia debían ser entendidos como hechos cualitativamente distintos. Esta es la razón por la que en Alemania hubo que forzar un instituto de subsunción alternativa o hablar de una relación de gradación normativa entre ambas figuras. Entonces, al tratarse como categorías de injusto distintas, en caso de duda sobre la concurrencia de dolo no podía condenarse por imprudencia sin acudir a estos institutos[13].

En definitiva, quienes defienden que existen normas de comportamiento distintas para delitos dolosos e imprudentes subsiste necesariamente una relación de *aliud* entre ambas categorías. Así, por ejemplo, para CORCOY BIDASOLO existe una norma para el delito doloso que obliga al destinatario a desistir de realizar una conducta sobre la cual el sujeto ya conoce el efectivo peligro que entraña, y otra norma para el delito imprudente que lo obliga a conocer exactamente las consecuencias de su conducta[14].

Crítico con esta posición, HERZBERG sostenía que el dolo y la imprudencia no podían distinguirse como dos categorías cualitativamente distintas, con independencia de si se consideraban en el plano del injusto o de la culpabilidad. Para él había que superar el «dogma de la otredad». En tono mordaz argumentaba que, si la tesis del *aliud* realmente fuera correcta, sus defensores habrían

---

[11] En España, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª ed., 2016, nm. 16/32; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., 2019, pp. 332-334.

[12] Por ejemplo, desde una concepción de dolo cognitiva, FRISCH se refiere a un conocimiento que puede conmover *ex ante* al ordenamiento jurídico en una medida singular, de forma que la interpretación de dicha clase de conocimiento presenta al autor como un sujeto especialmente peligroso, lo que incluye no solo el conocimiento del sustrato fáctico, sino también con una dimensión valorativa en la que el sujeto adopta una postura personal respecto del riesgo, que él llama «verlo para sí» (*fur sich so sehen*). FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 193.

[13] VOGEL/BÜLTE, en *LK,* nm. 17; PUPPE, «§ 15», en *NK*, nm. 5. Sobre esta acumulación en el tipo, que opera desde el finalismo, críticamente KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo», en KINDHÄUSER/POLAINO ORTS/CORCINO, *El tipo objetivo e imputación subjetiva en el Derecho penal*, 2009, pp. 178-179, considera inconsistente incorporar junto a la descripción del suceso antijurídico, también criterios de evitabilidad, como el dolo y la imprudencia.

[14] CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., 2013, pp. 55-68. También afirma la existencia de una norma dirigida a conductas dolosas distinta de la que prohíbe conductas imprudentes, MIR PUIG, *La función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., 1982, pp. 74-45.

demostrado desde hace tiempo, con ejemplos, cómo es que alguien podía cometer un delito doloso sin actuar imprudentemente, es decir, sin violar ningún deber objetivo de cuidado. Imaginemos que un boxeador espera causar una hemorragia cerebral que ocasione la muerte de su oponente y durante el combate, pese a cumplir estrictamente con las reglas del boxeo, crea un peligro para la vida de su contrincante con un golpe y acaba por matarlo. En este caso quedaría demostrado que un sujeto no puede cometer un delito doloso sin realizar previamente uno imprudente, pues está claro que los delitos dolosos y los imprudentes tienen una base fáctica objetivamente idéntica[15].

2.2. Una relación cuantitativa

En el otro extremo se encuentran aquellos que, como HERZBERG, PUPPE, SCHMIDHÄUSER, JAKOBS y PAWLIK, sostienen que entre ambas figuras media una relación de *plus-minus*. Dolo e imprudencia serían, para esta posición minoritaria, categorías imposibles de clasificar que obedecen a atributos graduales, distinguibles de mayor a menor, en los que no existirían puntos de corte precisos como los que insisten en encontrar los partidarios del *aliud*[16].

A diferencia del planteamiento anterior, esta manera de razonar se parecería más al recurso retórico de la paradoja sorites (o del montón), en el que los extremos analizados se encuentran entrelazados por una línea continua que los une (por ejemplo, un gramo y un kilogramo de arena) y no admiten fácilmente ser distinguidos entre sus partes de forma cualitativa, sino únicamente de manera cuantitativa (por ejemplo, que siete gramos de arena se encuentran más cercanos a un gramo que a un kilogramo de arena)[17].

Esta visión tendría la ventaja de reconocer que existe una conexión entre ambos criterios de imputación y señalar que el dolo y la imprudencia comparten un mismo objeto común de referencia. Según la ubicación sistemática que se adopte, la gradación entre dolo e imprudencia podría ser entendida, bien como categorías de un injusto con características más o menos graves, bien como formas escalonadas de reproche personal por la infracción a una misma norma de comportamiento.

La primera posibilidad es la que explora FEIJOO SÁNCHEZ cuando afirma que dolo e imprudencia no son conceptos ontológicos ni psicológicos, sino normativos que surgen de la interpretación del Derecho positivo. La infracción del deber es un elemento que caracteriza a ambas figuras, pero normalmente ocurre que en el dolo la infracción es tan palmaria que no hace falta detenerse o insistir sobre este aspecto, pues se trata de un deber directo o inmediato. En cambio, el autor imprudente se encontraría obligado por un deber de evitación más bien indirecto o mediato. Este autor se enrola en una corriente ecléctica que concibe al delito como la decisión de una persona contra una norma de comportamiento, sea dolosa o imprudente. La diferencia entre dolo e imprudencia se encuentra en los diversos niveles de conocimiento a la hora de tomar la decisión. De esta manera, el autor doloso se decide por una conducta típica que «tiene ante los ojos» y el imprudente toma una decisión que se desvía de la norma de conducta, pero carece de esa previsión del tipo[18]. En definitiva, para este autor se trata de una diferencia cuantitativa que toma

[15] HERZBERG, en *Festschrift 50-Jahre BGH*, v. IV, pp. 60-66.

[16] MOLINA FERNÁNDEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo,* 2005, p. 733.

[17] VARELA, *Dolo y Error*, pp. 269-271.

[18] FEIJOO SANCHEZ, *Dolo eventual*, 2018, pp. 17-19, 51 s. En el mismo sentido, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 101 ss.

como base deberes, algunos evidentes y otros menos, que se extraen del conocimiento o no del riesgo previsto en la norma de comportamiento.

Otra posibilidad sería ubicar la graduación del dolo y la imprudencia en el ámbito de la culpabilidad. En esta posición ambas categorías compartirían una misma base común (tipo objetivo) y presentaría las siguientes ventajas: 1º) dichas categorías se presentan como criterios alternativos de imputación; 2º) que para imputar imprudencia resulta preciso excluir la posibilidad de atribuir dolo; y 3º) la imprudencia ha de estar estrictamente referida a la inevitabilidad actual (al momento del hecho) de la realización del tipo[19].

En el año 2002, JAKOBS realiza este cambio en su sistema cuando traslada el dolo y la imprudencia hacia la culpabilidad[20]. Para este autor objetivamente no existirían mayores deberes en el dolo que en la imprudencia, sino que ambas figuras se distinguirían por el grado de evitabilidad del hecho típico que estaba disposición del sujeto. No es el deber lo que varía, sino el reproche dirigido a la persona que actúa con mayor o menor conocimiento. En este sentido, se imputa dolo a quien no evita aquello que realiza conociendo, e, imprudencia, a quien no evita aquello que, a pesar de no ser conocido por él, le resultaba cognoscible. En otras palabras, el reproche doloso se funda en el hecho de que el sujeto contaba con conocimientos suficientes para evitar el resultado, y, la imprudencia, en que el sujeto no tenía el conocimiento actual de aquello que era necesario para evitar su realización, pero pudo tenerlo[21].

Con una misma ubicación sistemática, PAWLIK -inspirado en VON GROLMAN- explica que la distinción entre ambas figuras tiene carácter gradual, dependiendo de cómo se sitúen los sujetos en relación con el Derecho penal. Una persona que actúa de mala fe adopta una actitud de «enemistad» frente al Derecho (*Rechtsfeindschaft*) y, por esta razón, le cabría responsabilidad dolosa. La mera «falta de amistad» con el Derecho (*Mangel an Rechtsfreundschaft*) es lo que fundamentaría la infracción imprudente. Este autor renuncia a una explicación basada en estados mentales y se sustenta en una distinción que dependería de criterios axiológicos: si a todo individuo le incumbe adoptar una actitud previsora, que consiste tanto en averiguar las circunstancias fácticas, como adquirir conocimientos sobre la relevancia jurídica de sus conductas, es evidente que este déficit de fidelidad dependerá de la dimensión o medida de la infracción que resultaba de su propio ámbito de competencia[22].

Por tanto, visto así, ambas categorías no se encontrarían en una relación de alternatividad –es esto, o bien, aquello–, pues no tienen características contradictorias, como las que podrían encontrarse entre los elementos que definen a las figuras del robo y la apropiación indebida. Por contraposición, se trata como una relación de especialidad, pues son categorías subordinadas en las que los elementos del dolo presuponen a los de la imprudencia, sin que pueda valer también en sentido inverso, como ocurriría entre la figura del asesinato y el homicidio[23].

---

[19] Cfr. MAÑALICH, «La imprudencia como estructura de imputación», *Revista de Ciencias Penales*, XLIII, (3), 2015, p. 16.

[20] JAKOBS, «Gleichgültigkeit als dolus indirectus», *ZStW*, (114), 2002, p. 595. También en EL MISMO, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, 2020, p. 23, sostiene expresamente que no es posible separar la intención de realizar el tipo penal de la conciencia de antijuridicidad.

[21] JAKOBS, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., 1997, nm. 9/82.

[22] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 257, 367, 371 y 373-375.

[23] Sobre las relaciones conceptuales de los tipos penales, véase KLUG, *Problemas de la filosofía y de la pragmática del Derecho*, 2002, pp. 68 ss.

Entendida como una relación *plus-minus*, sería factible condenar por imprudencia cuando no sea posible probar dolo, de la misma forma en que se admite condenar por hurto cuando no se pueda probar algún elemento típico del robo, o por tentativa cuando no se pueda probar la consumación, o como cómplice cuando no pueda hacérselo como partícipe, etc. En definitiva, existe entre ambos conceptos una relación lógica de implicación, lo que torna innecesario acudir al instituto de la subsunción alternativa, pues el dolo incluiría todos los requisitos que contendría la imprudencia[24].

3. Distintos objetos de interpretación

Ahora bien, como adelanté al principio, existe una cuestión previa a responder y consiste en establecer cuál es el objeto sobre el que recae la interpretación de estas categorías. No es lo mismo referirse a ellas como entidades lingüísticas, como sucesos cerebrales, o como movimientos corporales. Las relaciones entre ambas figuras y los problemas de indeterminación que subyacen a ellas varían según la clase de objeto al que nos estemos refiriendo.

El uso corriente del término interpretar puede ser utilizado para referirse a muchas cosas heterogéneas, por ejemplo, interpretar un texto, una ópera, una sinfonía, un mensaje, un sueño, etcétera; sin embargo, a pesar del carácter polisémico que tendría este verbo, en el ámbito jurídico solo debería interesarnos la interpretación que recae sobre tres objetos determinados:

1º) La interpretación de textos. En esta se pueden distinguir dos clases de actividades estrechamente vinculadas. La primera consiste en identificar cuál es el contenido normativo expresado por, y/o lógicamente implícito, en el texto legal (fuente del Derecho) que establece la regla para imputar dolo o imprudencia. Con ella se alude a la atribución de sentido que explícita o implícitamente contienen los códigos penales sobre el ámbito de aplicación o extensión de ambas categorías y permite emitir frases en abstracto como «el dolo significa X». Por otro lado, también se refiere a una segunda clase de interpretación que consiste en agrupar casos como prototipos de dichas categorías. Estos son los casos genéricos que se agrupan bajo el denominador común de dolo de primer grado, dolo de consecuencias necesarias o dolo eventual, y permiten emitir juicios como «La clase de hechos X constituye un caso de dolo»[25].

2º) Eventos de la naturaleza. En rigor, con ella se alude a la actividad de realizar conjeturas sobre las relaciones de causa-efecto que tendrían diferentes hechos «internos». Suele decirse que no se trataría de una genuina actividad interpretativa, a raíz de que los hechos provenientes de la naturaleza no tienen realmente un significado. La naturaleza no posee sentido, no puede ser comprendida, sino meramente explicada. Si el objeto de interpretación, en el caso del dolo y la imprudencia, fuese un suceso que ocurre en cerebro de la persona, entonces la voluntad o el conocimiento deberían ser entendidos como fenómenos físicos que, aunque internos, ocurren de

[24] PUPPE, «§ 15», en *NK,* nm. 6; LA MISMA, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2ª ed., 2011, nm. 7/2.

[25] GUASTINI, *La sintaxis del Derecho*, 2016, p. 328; EL MISMO, «El escepticismo ante las reglas replanteado», *Discusiones*, (11), 2012, pp. 27-31. Lo sigue CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, 2011, pp. 55 ss. Esta distinción está presente de manera embrionaria en la obra de Giovanni TARELLO «*Diritto, enunciati, Usi*», publicada en el año 1974. Se la ha criticado porque en ocasiones ambas categorías se confunden. PAPAYANNIS ha defendido recientemente la utilidad de esta distinción en su artículo «¡Basta de vehículos en el parque! Una defensa de la distinción entre la interpretación en abstracto y en concreto», en CHIASSONI/COMANDUCCI/RATTI, *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, 2018, pp. 147 ss.

manera independiente a la conducta y luego se adhieren a ésta. Desde esta perspectiva sería posible separar el estado mental de la acción humana[26].

3º) En último lugar, cabe analizar si lo que se interpreta en relación con el dolo y la imprudencia son clases de acciones o de comportamientos humanos. Esta actividad consiste en hacer conjeturas sobre los propósitos, las razones o las intenciones de un agente, con el objeto de comprender el significado de una determinada acción. Esta clase de interpretación es la que mayor relevancia tendría en el ámbito jurídico y suele ser subestimada al llamarla una mera actividad de «subsunción». Lo correcto sería hablar de una actividad de imputación y no puede ser reducida a una mera actividad de constatación[27].

Por tanto, como he advertido en el inicio, antes de abordar el examen de la relación que existe entre el dolo y la imprudencia es preciso decidir si estamos utilizando estos conceptos para referirnos a alguna de estos tres objetos posibles. Comenzaré con el significado que se le suele atribuir en los textos jurídicos; luego, a la posibilidad de entender que se trata de meros eventos o fenómenos psíquicos; y, finalmente, al significado que tendrían determinadas conductas o comportamientos humanos. Además, intentaré precisar aquellos problemas de indeterminación que son propios según la clase de objeto a la que nos estemos refiriendo.

3.1. Interpretación de entidades lingüísticas

En primer lugar, la diferencia entre dolo e imprudencia podría ser estudiada como dos entidades lingüísticas diferentes. En este caso, la actividad de interpretar aludiría, entonces, a la tarea que consiste en atribuir un significado a algún fragmento del lenguaje (vocablos, sintagmas, enunciados). La actividad de interpretar los términos 'dolo' e 'imprudencia' consistiría en aclarar cuál es el contenido normativo de dichas disposiciones o, dicho de otra manera, en precisar cuál es el campo de aplicación de ellas y qué grupos de casos abstractos formarían parte de cada categoría[28].

La atribución de sentido que recae sobre enunciados lingüísticos es distinta a la que recae sobre hechos empíricos, sean estos eventos cerebrales o comportamientos humanos. Esta distinción remite a la clasificación que KANT establecía en su *Crítica a la Razón Pura* entre enunciados

[26] Wittgenstein consideraba a esta particular manera de entender el asunto como una «especie de enfermedad general del pensamiento que busca siempre (y encuentra) lo que se llamaría un estado mental del que surgen todos nuestros actos, como de un depósito». FIGUEROA RUBIO, «Reconocer y explicar lo que hacemos. Una lectura de la agencia humana desde las observaciones de Ludwig Wittgenstein», en ORMEÑO KARZULOVIC (ed.), *Acciones, razones y agentes*, 2016, pp. 151 s.

[27] En realidad, aunque se suela emplear el término «subsunción», hacemos algo más que eso. Las teorías del delito se conciben como un análisis sucesivo de la conducta que permite constatar aquellos elementos que son condición necesaria para la aplicación de pena. A cada elemento se le hace operar con un código binario: concurren los requisitos o se excluye la categoría. Sin embargo, este método de análisis lineal que permite la operación de subsunción, pronto se revela como insuficiente en algunos casos, sobre todo en aquellos en que se tienen por satisfechos los requisitos cuando en realidad no se cumplen, como por ejemplo el error vencible de tipo, los supuestos de omisión, la tentativa o la provocación de estados de inimputabilidad. El análisis del comportamiento humano no es compatible con la subsunción lógica, sino con la lógica propia de la imputación. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y Teoría del delito*, 2008, pp. 503 ss.

[28] Cfr. GUASTINI, *La sintaxis,* p. 328; EL MISMO, *Interpretar y Argumentar*, 2014, pp. 23-27; CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica,* p. 55 ss.

analíticos y sintéticos[29]. Son enunciados analíticos aquellos que no entran en contacto con algún aspecto de la realidad y donde la verdad de estos depende únicamente de los términos involucrados, mientras que los sintéticos suponen algún tipo de contrastación empírica. Por ejemplo, al decir «el dolo es x» utilizamos expresiones que pertenecen a un metalenguaje, sin tomar contacto con hechos empíricos y solo tendría por objeto delimitar su significado que permita, además, agrupar casos genéricos bajo ese mismo concepto. Por contraposición, los enunciados sintéticos del tipo «x actuó dolosamente» pertenecen al lenguaje objeto y se utilizan para describir una realidad[30].

La distinción entre ambas categorías podría ser explicada también por el hecho de que los enunciados analíticos solo tienen carácter teórico y se encuentran vinculados a otros conceptos –igualmente teóricos– a través de una cadena de definiciones[31]. Aquí no corresponde preguntarse cómo se prueba el dolo, sino cómo es definido. Por ejemplo, si lo definimos como el «conocimiento de la situación prevista en el tipo», será necesario acudir a una definición de lo que se entiende por «conocimiento», y, si definimos a éste como una «creencia justificada verdadera», entonces habrá que contar con una definición para cada uno de estos elementos.

En definitiva, interpretar el dolo y la imprudencia como entidades lingüísticas consiste en una actividad de atribución de sentido dirigido a dichas palabras. Normalmente, el uso de definiciones facilita la interpretación, aunque también puede acudirse a una explicación ostensiva, paráfrasis contextuales o contrastivas, etc. Dicho de otro modo, el significado que tienen las palabras se encuentra vinculado también a las frases en las que estas son utilizadas, pues no solo forman parte de las oraciones, sino que también contribuyen a la significación de la frases en las que aparecen. De esta manera, la determinación de lo que ellas significan se obtiene también por el uso que de ellas se hace en una oración[32].

En este sentido, prestar atención a la función de imputación que estos términos tienen también contribuye a clarificar su significado. Atender a este aspecto en la interpretación de los enunciados sobre el dolo y la imprudencia evita caer en la hipertrofia que afecta a estos términos, y que ha conducido a una «ontologización» –o hipóstasis– de estas categorías. La propia función de acusación o de imputación impide caracterizar al dolo o a la imprudencia como aspectos que definen a cierta clases de hechos independientes de un sujeto concreto. Precisamente, la imputación –o acusación– era llamada por los filósofos prácticos de los siglos XVII y XVIII como *«reatus»*, traducida posteriormente al alemán como *«Schuld»*, y se empleaba con el sentido de hacer deudor o poner en la cuenta de una voluntad un determinado suceso[33].

Dicho esto, es posible advertir que el dolo y la imprudencia, considerados desde un punto de vista analítico, se encuentran necesariamente en una relación de *aliud*. Las definiciones, la función de

---

[29] KANT, *La crítica de la razón pura*, 2ª ed., 1928, en el capítulo IV. En un sentido muy próximo, distingue entre juicios prácticos y teóricos KINDHÄUSER, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW,* (96), 1984, p. 5; EL MISMO, «Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale», *JURA*, 1984, pp. 467 ss.

[30] Un lenguaje objeto es aquella entidad lingüística sobre la que se dicen cosas, mientras que el metalenguaje es la lengua en la que se dice, por ejemplo, es posible hablar sobre el idioma inglés, o bien, hablar en inglés. ACERO/BUSTOS/QUESADA, *Introducción a la Filosofía del Lenguaje*, 5ª ed., 2001, p. 30. Sobre la distinción entre un concepto-objeto de dolo y un metaconcepto de dolo, véase PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental,* Hammurabi, 2011, pp. 66-69.

[31] Cfr. VOLK, «Dolus Ex Re», en HAFT *et al.* (eds.), *FS-Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 616-617.

[32] Cfr. BAKER/HACKER, *Wittgenstein: Understanding and Meaning*, 2005, pp. 130-131.

[33] HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, pp. 36-37.

cada uno y los grupos de casos genéricos que conforman una y otra categoría son necesariamente distintos[34].

3.2. Interpretación de un evento psíquico

Otro punto de vista consiste en entender que el objeto de interpretación del dolo recae sobre una realidad interna o un evento psíquico distinto de la conducta humana, de manera que la interpretación que cabría realizar del dolo y la imprudencia tendría como objeto describir sucesos internos. Sin embargo, dada la imposibilidad de terceros para acceder a ellos, se suele decir que estos eventos cerebrales se prueban de manera indirecta a través de hechos externos que se compaginarían con ellos. Aunque no se puedan observar directamente no se niega su existencia y trasladan el problema a una cuestión probatoria, dejando en manos del intérprete la forma en la que se manifiestan externamente. El dolo y la imprudencia serían fenómenos internos inaccesibles, pero verificables a través de indicios que se encuentran en una «relación natural» con ciertos hechos externos.

Esta concepción ontológica de la mente resulta compatible con los postulados que DESCARTES examina en su obra *Meditaciones metafísicas en las que se demuestran la existencia de Dios y la inmortalidad del alma*, en la que concibe que el yo (o la mente) sería un ente esencialmente distinto del cuerpo humano. Así queda explicitado en el siguiente párrafo:

> *«me basta concebir clara y distintamente una cosa sin otra, para estar seguro de que la una es diferente de la otra, etc. Y un poco después: aunque tenga un cuerpo que me esté estrechamente unido, sin embargo, como tengo, por una parte, una idea clara y distinta de mí mismo, en cuanto que soy sólo una cosa pensante, y no extensa, y, por otra parte, tengo una idea clara y distinta del cuerpo, en cuanto que es sólo una cosa extensa, y no pensante, es cierto entonces que yo, o sea, mi espíritu o mi alma, por la cual soy lo que soy, es entera y realmente distinta de mi cuerpo , y puede existir sin él. A lo que fácilmente puede añadirse: todo cuanto puede pensar es espíritu, o es llamado espíritu; ahora bien, pues entre cuerpo y espíritu hay una distinción real, ningún cuerpo es espíritu*[35]».

Según esta concepción dual de la mente, dolo e imprudencia serían categorías de imputación definidas por una configuración distinta de sucesos internos, irreductibles a procesos fisiológicos o a comportamientos externos. Este planteamiento condiciona el análisis dogmático de las acciones humanas en la medida en que esta es vista como un proceso mixto, compuesto por una determinada clase de movimiento corporal –capaz de poner en peligro un bien jurídico– y otro suceso que ocurre en la mente del sujeto.

---

[34] Pérez Barberá alude a un nivel sintáctico, donde dolo e imprudencia no estarían interpretados y se presentarían como un *aliud*; pero en un nivel semántico, ya interpretados, dichos conceptos aparecerían en una relación de *plus-minus*. En el plano sintáctico, cada concepto tendría una función y poseería un significado lógico independiente a la otra categoría. Ambos conceptos no estarían relacionados, de manera que dolo solo se opone a no dolo, mientras que, imprudencia solo sería contraria a la no imprudencia. En el plano semántico, ambos conceptos serían empíricamente dependientes, pues el dolo sería la condición suficiente -pero no necesaria- de la imprudencia. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, pp. 656-663; también EL MISMO, «¿dolo como *plus* o a*liud* en la imprudencia», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO *et al.* (dirs.), *LH-Luzón Peña*, Reus editorial, 2020, pp. 921-928. Mi postura es próxima a la de Pérez Barberá, aunque, desde mi punto de vista, los textos sí pueden ser interpretados y se definen con relación a otros enunciados lingüísticos, por ello el significado de los enunciados lingüísticos dependería de las relaciones de sinonimia y antonimia. Las palabras pueden ser interpretadas aún sin tomar contacto con la realidad.

[35] DESCARTES, *Meditaciones Metafísicas con objeciones y respuestas*, 1977, p. 109. Para una explicación más detallada de esta concepción de la mente, véase: MOYA, *Filosofía de la mente*, 2004, pp. 27 ss.; PINEDA, *La mente humana: Introducción a la filosofía de la psicología*, 2012, pp. 63 ss.

La idea de que el dolo es un hecho psicológico fue impuesta como paradigma en el Derecho penal hace más de 200 años por FEUERBACH, con el objeto de desautorizar a la doctrina del *dolus indirectus*[36]. De este modo, se puede convenir en que la tarea de interpretación que el juez realiza consiste en descubrir si el sujeto efectivamente conoció o quiso – aun de manera indirecta– el resultado en el momento que realizaba el hecho.

En definitiva, si se entiende que ontológicamente el dolo y la imprudencia son eventos o sucesos psíquicos, independientes de la conducta humana, la relación entre ambas no podría ser otra que de *aliud*, pues se trataría de dos configuraciones cualitativamente distintas de la mente, definidas por la psicología o la ciencia cognitiva, sea como conocimiento o desconocimiento, sea como voluntaria o involuntaria.

Los problemas de indeterminación que se producirían al tomar como base esta concepción dual de la mente parecen ser bastante obvios. Si el dolo es un «hecho psíquico», como defiende la doctrina penal más canónica, entonces todo enunciado sobre el dolo debería encontrar una relación de correspondencia con una realidad de carácter preexistente y, por esta misma razón, es la mente del sujeto lo que el juez debería averiguar en un proceso penal[37].

Frente a aquellas «concepciones psicológicas del dolo», aparecen las modernas «teorías normativas». Estas mantienen una ontología similar sobre los estados mentales, pues no niegan que se trate de un suceso cerebral, con la salvedad de que epistémicamente no sería una actividad de descubrimiento, sino de adscripción de conocimiento o voluntad. *Grosso modo*, las concepciones normativas no niegan que el concepto de dolo se refiera a sucesos internos de carácter psicológico, pero se limitan a afirmar que la determinación procesal es lo que debería ser normativizado[38].

No obstante, si se quiere ser coherente con esta concepción dual de la mente, afirma PAREDES CASTAÑÓN, debería relativizarse el valor que suele darse a los testimonios y a los juicios psicosociales de atribución de actitudes proposicionales, para dar mayor cabida a explicaciones sustentadas en procesos computacionales y patrones de activación neuronal[39]. No niega este autor que ontológicamente el dolo sea un suceso psíquico, sino que pretende limitar el uso de prueba que se encuentre desvinculado de la actividad cerebral. Cabe decir que este tipo de prueba, hoy en día, resulta impracticable, al menos después de los experimentos realizados por el científico americano Benjamin LIBET (LIBET, GLEASON, WRIGHT y PEARL) en el año 1983[40],

---

[36] PUPPE, «Beweisen oder Bewerten. Zu den Methoden der Rechtsfindung des BGH, erläutert anhand der neuen Rechtsprechung zum Tötungsvorsatz», *ZIS*, (2), 2014, p. 70.

[37] Además de las teorías psicológicas, existen las teorías normativas, que entienden al dolo como un juicio normativo, y las teorías mixtas, que, sin negar la existencia de una realidad fáctica, entienden que es el Derecho el que selecciona aquellos elementos de la realidad considerados idóneos para definir el concepto. PÉREZ MANZANO, «Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo», en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Edisofer, 2008, p. 1456.

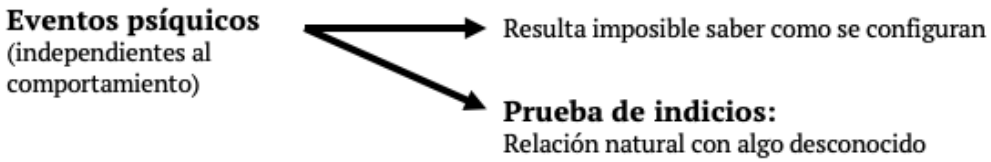
[38] Sobre las voces minoritarias que sostienen la necesidad de contar con un concepto normativo, además de la determinación, de dolo véase RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 287-290.

[39] PAREDES CASTAÑÓN, «Dolo y Psicología de sentido común», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO *et al.* (dirs.), *LH-Luzón Peña*, 2020, pp. 875-884. También EL MISMO, «Problemas metodológicos en la prueba del dolo», *Anuario de Filosofía de Derecho*, 2001, pp. 67-93.

[40] LIBET/GLEASON/WRIGHT/PEARL, «Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness- potential): The unconscious initiation of a freely voluntary act», en *Brain*, (106-3), 1983, pp. 623-642. Pese a que este estudio no se encuentra suficientemente validado ni replicado, el experimento parece mostrar que no tenemos autonomía de la voluntad, sino que seríamos autómatas biológicos. En este se intentó medir el tiempo de las reacciones de la corteza cerebral con sensores electromagnéticos y se llegó a la conclusión de que los seres

coincidentes con los alcanzados posteriormente en el Instituto Max Planck de Leipzig por John HAYNES (SOON, BRAAS, HANS y HAYNES) en el año 2008[41].

Hasta donde alcanzo a entender, el problema de esta concepción del dolo y la imprudencia puede explicarse mejor si se atiende a la naturaleza de la prueba de indicios. Cuando hablamos de indicios nos referimos a una relación natural entre aquello que se observa y su significado, como la relación que habría entre las nubes y la lluvia, entre el humo y el fuego, etcétera. Así, la tesis se sustenta en que existen determinadas «exteriorizaciones» que permitirían al intérprete descubrir aquello que anida en el interior del sujeto. Sin embargo, al ser el indicio una relación natural entre el signo y su significado, habría que aceptar que esta relación tiene carácter contingente. De la misma manera en que puede suceder que el humo no provenga de un incendio, sino de la combustión de un motor, habría que aceptar que una determinada «exteriorización» se refiera a otro evento psicológico distinto al dolo[42].



Además, otro problema que se suscita por no descartar esta ontología sobre los estados mentales consiste en el sinsentido que supone afirmar que, pese a que nadie pueda saber cómo se configura psíquicamente el conocimiento (o la voluntad) en el interior de los sujetos, los jueces tendrían a disposición herramientas para conocer cómo se exterioriza dicho suceso mental. En otras palabras ¿cómo se puede saber la forma en que algo se exterioriza, si ni siquiera se sabe qué es ese algo? Así planteado, la prueba que el juez hace del dolo no solo es incontrastable, sino que además se basa en una inferencia completamente ilógica[43].

3.3. Interpretación de conductas humanas

Una tercera posibilidad consiste en distinguir ambas categorías como clases de conducta o de comportamiento humano. En este sentido, cuando decimos que un sujeto conocía lo que hacía o

humanos no tendríamos conciencia de la voluntariedad de nuestros actos y que normalmente no haríamos lo que realmente queremos, sino que queremos aquello que hacemos. PASTOR, «Libre Albedrío y Responsabilidad jurídica. Tal vez un mito, pero uno muy funcional», en PASTOR/ROCA *Neurociencias y Derecho*, tomo 1, 2019, Hammurabi, pp. 91-104. También, FRISCH, «sobre el futuro del Derecho penal de la culpabilidad», en FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal de la Culpabilidad y Neurociencias*, Civitas, 2012, pp. 26 ss. Sobre la repercusión de este experimento en la filosofía del Derecho, véase GONZÁLEZ LAGIER, «¿La tercera humillación? Sobre neurociencia, filosofía y Libre albedrío», en TARUFFO/NIEVA FENOLL, *Neurociencia y proceso penal*, Marcial Pons, 2013, pp. 25 ss.

[41] SOON/BRAAS/HEINZE/HAYNES, «Unconscious determinants of free decisions in the human brain», en *Nature Neuroscience*, (11-5), 2008, pp. 543-545.

[42] Sobre la relación de significado natural, véase BAKER/HACKER, *Wittgenstein: Understanding and Meaning*, 2005, pp. 129 ss. En esta línea, Roxin escribe que el dolo debe decidirse a partir de indicios, porque no es susceptible de observación directa, así ROXIN/GRECO, *AT*, nm. 12/32.

[43] Así, por ejemplo, en la STS 474/2013, Penal, de 24 de mayo (ECLI:TS:2013:2913) Fundamento Jurídico Primero, se sostuvo que «no puede negarse una base o un sustrato fáctico integrado por fenómenos psicológicos naturalísticos, inferibles mediante prueba indiciaria». También, la STS 723/2015, Penal, de 24 de noviembre (ECLI:TS:2015:5073) «El ánimo o elemento subjetivo del delito, conforme a la actual jurisprudencia, es un hecho que debe figurar entre los hechos probados, al tratarse del conocimiento e intención que tenía el sujeto al realizar la acción u omisión. Al ser un elemento subjetivo, psicológico, interno, espiritual o anímico de la persona, no cabe prueba directa sobre el mismo, pero se llega a conocer razonablemente a través de indicios, de los que se induce».

quería el resultado, todo lo que queremos decir es que actuaría de ciertos modos y maneras si se dieran ciertas circunstancias observables. Esta manera de entender los estados mentales se contrapone a la concepción «dualista» o cartesiana vista en el punto anterior, y se inscribe en la corriente del conductismo lógico, según la cual los conceptos psicológicos denotarían únicamente ciertas disposiciones de conducta[44].

Sostener que el conocimiento o la voluntad son conceptos disposicionales, supone afirmar que su uso es correcto cuando concurren determinadas circunstancias apropiadas que son desencadenantes de dicho estado mental. A diferencia de la concepción anterior, la naturaleza de estos conceptos no está referida a una ontología cerebral, o a una misteriosa conexión neuronal, sino a la disposición que tendría una persona a actuar en caso de que se dieran las circunstancias desencadenantes apropiadas y no cualesquiera[45].

Coincidentemente, esta concepción sobre la naturaleza de los estados mentales, nacida a comienzos del siglo XX, en el seno del positivismo lógico[46], ya había sido introducida varios siglos antes como práctica judicial específica para probar la intención del acusado, conocida como *dolus ex re* o *dolus in re ipsa*, cuyos orígenes se remontan al Derecho romano. Esta modalidad fue definida por V. WEBER del siguiente modo:

> *«aquel dolo delictivo que (...) sin necesidad de la confesión del acusado, puede reconocerse perfectamente por la clase y modalidad de comisión del delito, por las circunstancias externas de la acción concreta»*[47].
>
> *«sin que el delincuente lo reconozca y sin que haga falta su confesión, se puede conocer con seguridad (su dolo) a partir de la forma y modalidad de comisión del delito y a partir de las circunstancias externas de la acción concreta»*[48].

Cabe destacar que, si bien los antiguos argumentos del *dolus ex re* han desaparecido formalmente del lenguaje jurídico, como afirma HRUSCHKA, aún siguen siendo utilizados por los tribunales y por la mayoría de las personas en su vida cotidiana. Así, cuando alguien palidece y empieza a temblar, deducimos que tiene miedo; cuando alguien lanza flechas y acierta en el punto central, deducimos que está apuntando y que actúa con esa intención. Lo mismo cuando deducimos, a

---

[44] Si bien es cierto que el conductismo lógico ha sido abandonado, al menos dos aportaciones siguen vigentes: la vinculación *a priori* entre los estados mentales de un sujeto y su comportamiento, y el ataque a la noción de introspección inherente a la tradición cartesiana. PINEDA, *La mente humana*, pp. 111-113.

[45] PINEDA, *La mente humana*, pp. 119-120.

[46] CARNAP, «Psicología en lenguaje fisicalista», en AYER (comp.), *El positivismo lógico*, México, FCE, 1978, pp. 171-204. Este artículo fue publicado originalmente en *Erkenntnis*, v. III, 1932-1933. En sus orígenes, el conductismo lógico fue presentado por Carnap, en el seno del positivismo lógico, un movimiento filosófico fuertemente cientificista y contrario a la metafísica tradicional, agrupado en torno al llamado Círculo de Viena, cuyo objetivo consistía en unificar todo el conocimiento científico en torno al modelo de la física. Dentro de este marco, se pretende mostrar la posibilidad de reducir el lenguaje psicológico a un lenguaje fisicalista, que describa únicamente movimientos y fenómenos físicos observables, como la conducta, entendida como un movimiento corporal. Según esta visión, toda proposición psicológica P1 puede ser traducida a una proposición fisicalista P2, de manera que ambas proposiciones tengan el mismo contenido y puedan deducirse una de otra. De este modo, la proposición psicológica «x tiene la intención de hacer tal cosa» y la proposición fisicalista «x actuaría de tal forma si tuviera la intención» dicen exactamente lo mismo, describen el mismo estado de cosas y tienen, en último término, el mismo significado.

[47] V. WEBER, «Ueber die verschiedenen Arten des Dolus», *NACR*, t. 7, 1825, pp. 549 ss.

[48] V. WEBER, *NACR*, t. 7, 1825, p. 564.

partir de la conducta externa del agente, si el sujeto conocía o quería la realización del hecho y, por tanto, decimos que actuaba dolosamente[49].

Subyace a la doctrina procesal del *dolus ex re* y a la corriente filosófica del conductismo lógico la misma idea de que la presencia o ausencia de los estados mentales, como el conocimiento o la voluntad, se traduce en determinadas descripciones de conductas en las que estos aparecerían de manera implícita. Cuando se utilizan estos términos no se está atribuyendo un estado mental no observable a un sujeto, sino que se está verificando el condicional en subjuntivo (si conociera o quisiera X, actuaría de tal forma), según el cual se afirma que si se dieran ciertas circunstancias observables, la persona se comportaría de acuerdo a ciertos modos y maneras determinados[50].

La mayor dificultad a la que se enfrentan los conductistas consiste en la determinación de cuáles son aquellas condiciones normales para el uso correcto de un concepto disposicional. A este interrogante suelen responder con que bastaría exigir que el uso sea razonable para quien posea dicha disposición. En otras palabras, el problema de cómo un ser humano es capaz de reconocer como anormal una circunstancia que no se ha representado, tal vez nunca explícitamente, es uno de los mayores problemas a la hora de comprender cómo procesamos la información de otros seres humanos[51].

En definitiva, como señala MYLONOPOULOS, el dolo no puede seguir siendo considerado un hecho o evento mental que resulta posible (y curioso) probar, aún de manera indirecta, sino que son disposiciones de conducta las que se adscriben a su autor. Los términos disposicionales contienen una declaración de probabilidad que les confiere un carácter de pronóstico. No describen ningún acontecimiento, sino que contienen un enunciado sobre lo que pasaría o podría pasar si la persona que tiene una propiedad disposicional se encontrase en un estado determinado. Por esta razón, estos términos no son susceptibles de ser definidos de forma completa, sino solo de una explicación parcial, necesitados de otros hechos empíricos que nos permite utilizar la palabra dolo[52].

A diferencia de la prueba de los estados mentales de la concepción cartesiana, el significado de estos se encuentra establecido convencionalmente. Por esta razón, no podrían ser llamados indicios, porque no se alude al significado que se establece por una relación natural entre lo que se observa y lo que significa, sino que lo suyo sería hablar de indicadores. Por ejemplo, que la luz roja de un semáforo signifique una orden para detener un vehículo es algo que queda fijado por su significado social y no por una relación natural[53].
Otro inconveniente al que se enfrentan los conceptos psicológicos, según esta teoría, consiste en la dificultad de definir cuáles son aquellas condiciones normales en las que una disposición

---

[49] HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», en *FS-Kleinknecht*, 1985, p. 197. También, PUPPE, «Perspectivas conceptuales del dolo eventual», en LA MISMA, *El Derecho Penal como Ciencia*, 2016, p. 308.

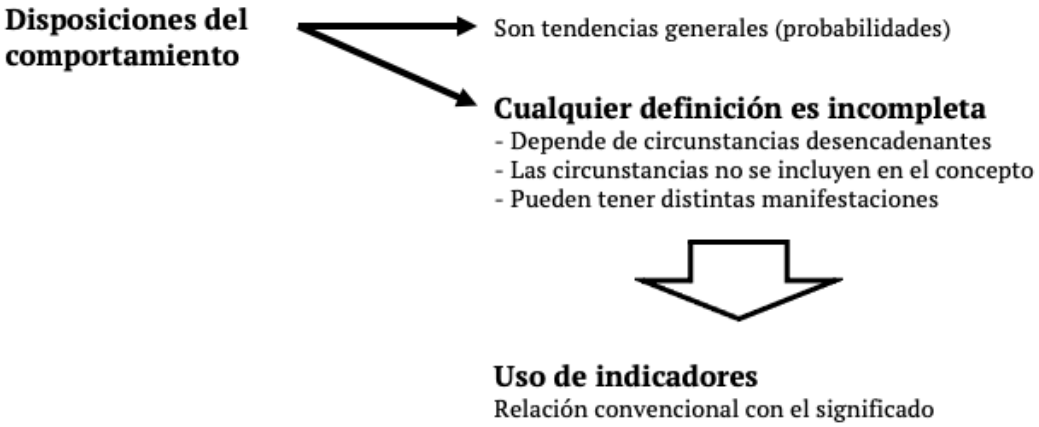
[50] PINEDA, *La mente humana,* p. 113.

[51] PINEDA, *La mente humana*, p. 121.

[52] MYLONOPOULOS, «Vorsatz als Dispositionsbegriff», en *FS-Frisch*, 2013, p. 358-361.

[53] Sobre la relación convencional de sentido, BAKER/HACKER, *Wittgenstein: Understanding and Meaning*, p. 129. Además, la asociación del dolo con eventos mentales, como sostiene la concepción cartesiana de la mente, resulta demasiado arbitraria, pues supondría asumir que ciertas conexiones neuronales se corresponden con ciertos comportamientos, negando el condicionamiento que pudieran ejercer los factores genéticos, evolutivos, ambientales, inconscientes y culturales. Esto supondría validar un principio de causalidad general a partir de la propia experiencia, de manera que la inducción que los jueces harían sobre el dolo, desde una concepción cartesiana de la mente, sería completamente temeraria desde un punto de vista epistemológico.

desencadenaría sus efectos. Esto es algo que no puede recogerse en un concepto, dado que no existe un número finito de circunstancias posibles, sino que las mismas dependen de las facultades que los usuarios tengan para reconocer una circunstancia como anormal o no relevante en el uso correcto de éste[54]. Esto se traduce en que el uso de conceptos psicológicos, como el conocimiento o la voluntad, no depende completamente de su definición, sino que en última instancia se sustenta también en la capacidad de que, quienes los utilizan, puedan reconocer ciertas circunstancias como exteriorizaciones de ellas. Esto es lo que se conoce como indicadores de dolo.



En definitiva, si se entiende que los estados mentales que caracterizan al dolo y a la imprudencia son disposiciones de conducta, en lugar de eventos o sucesos cerebrales independientes de ella, la relación entre ambas categorías también se presentaría de manera cualitativa o de *aliud*. Las relaciones convencionales que caracterizan a cada una de ellas son rotundamente diferentes. Ahora bien, el problema se plantea en determinar cuáles son aquellas condiciones para la aplicación correcta de estos conceptos psicológicos, en la medida en que dependen también de la práctica que los usuarios hacen ellos y consideran correctos. Estas herramientas ajenas al concepto, como veremos a continuación, son las que se presentan de manera gradual.

4. Problemas de indeterminación

Como hemos visto, cuando hablamos sobre el dolo y la imprudencia, a veces nos referimos a meros enunciados lingüísticos y otras veces, al sentido que le atribuimos a determinados hechos. Por ello, conviene separar con nitidez los problemas de indeterminación que se suscitan a nivel lingüístico de aquellos otros que se producen en la aplicación de dichas reglas generales a casos individuales.

En este sentido, decimos que quien pretenda utilizar dolo e imprudencia para imputar responsabilidad penal puede enfrentarse a dos clases de lagunas: 1º) las lagunas normativas –o de índole lógico conceptual– se plantean cuando se duda de si una regla puede ser aplicable a un caso genérico; y 2º) las lagunas de subsunción son aquellas que se producen en la aplicación de dichos conceptos a casos individuales o, dicho de otra manera, a determinadas situaciones reales o acontecimientos localizables espacio-temporalmente[55].

[54] PINEDA, *La mente humana*, pp. 119-123.

[55] ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas*, 2ª ed., 2012, p. 47.

4.1. Lagunas normativas

Estos son problemas que afectan a la interpretación de los enunciados lingüísticos y se refieren a supuestos en que lo indeterminado es el mismo lenguaje. Puede presentarse una laguna normativa, bien porque se duda acerca de las propiedades que definen a cada categoría, bien porque se duda de si una regla puede ser aplicable a un caso genérico. En el primer caso hablamos de vaguedad semántica y, en el segundo, de una vaguedad pragmática.

Tomando un ejemplo no jurídico, una persona podría encontrarse frente a supuestos de indeterminación de la palabra «calvo», sea porque está aprendiendo el idioma y desconoce el significado de la palabra, o bien, porque no sabe si es posible aplicar el término a una persona que tiene poco pelo, pese a conocer perfectamente el significado de la palabra calvo. En el primer caso no se conocen las propiedades que definen el concepto (vaguedad semántica) y, en el segundo, si dicha propiedad puede ser aplicable a un caso genérico (vaguedad pragmática)[56].

En el primer supuesto, quien pretenda interpretar qué es el dolo o la imprudencia suele encontrarse con que las reglas semánticas no se encuentran formuladas, excepto que el legislador las hubiese fijado, aunque lo habitual es que, si no existiera un uso lingüístico consolidado en la doctrina[57], sean los jueces quienes se enfrenten a la necesidad de estipularlos. Los casos de vaguedad pragmática se producen cuando no es posible sabe si es posible aplicar una regla a un caso genérico.

Así, excepto que el legislador haya definido expresamente qué entiende por dolo e imprudencia y a qué grupo de casos genéricos se aplican, como ocurre en el § 43 del código penal italiano, o en el § 5 del código penal austríaco[58], lo habitual es que el intérprete, en el caso de que se presente una laguna normativa, vuelva al texto legal y lo interprete nuevamente para que, de esta manera, un grupo de casos marginales, excluidos de una interpretación anterior, encuentre una solución[59]. Por ejemplo, hemos visto como recientemente la doctrina y la jurisprudencia han discutido si los casos en que intencionalmente un sujeto ha decidido no conocer, llamados por distintos autores –aunque con algunas diferencias– como supuestos de ignorancia deliberada, ceguera ante los hechos o, incluso, de indiferencia, deberían ser interpretados como supuestos de dolo o imprudencia.

4.2. Lagunas de subsunción

Por otro lado, al aplicar los conceptos de dolo e imprudencia a hechos concretos, individualizados espacio-temporalmente, quien impute responsabilidad podría enfrentarse a dos clases de indeterminación que no pueden ser confundidas con las anteriores: 1º) las lagunas de

---

[56] ENDICOTT, *La vaguedad en el Derecho*, 2006, pp. 65-68.

[57] En un congreso celebrado en 1967 en Münster, ningún participante se pronunció a favor de la adopción de las definiciones de dolo e imprudencia que contenía el proyecto del código penal de 1962, ya que consideraron que las definiciones generales del delito no eran tarea del legislador, sino de la ciencia, pues, aunque sean breves, no pueden hacer justicia a la complejidad del asunto y a los problemas que la experiencia plantea. Así, ROXIN, «Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme», en ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG, *Einführung in das neue Strafrecht*, 1974, C.H. Beck, p. 10.

[58] Así, en el § 5 StGB se define al dolo como la actuación que realiza una circunstancia del tipo penal, bastando con que el autor crea seriamente en su posibilidad y la acepte; cuando actuase intencionadamente; o cuando considerase segura su ocurrencia. Esta clasificación tripartita también fue empleada en el proyecto de código penal alemán de 1962.

[59] GUASTINI, *La sintaxis del Derecho*, pp. 341-345.

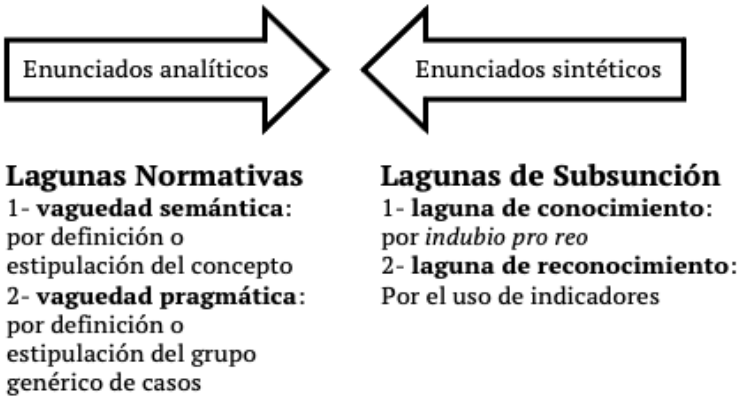
conocimiento, son aquellas que se refieren a la falta de información acerca de los hechos que se pretenden subsumir; y 2º) las lagunas de reconocimiento, son aquellas en que resulta dudoso si un hecho concreto es subsumible en uno u otro supuesto de hecho abstracto debido a la vaguedad semántica de los términos empleados para delinear los supuesto de hecho abstractos[60].

Una laguna de conocimiento se presenta cuando faltan conocimientos empíricos y es, hasta cierto punto, remediable. Los juristas han encontrado un ingenioso recurso práctico que consiste en acudir a presunciones legales y así obviar la falta de información fáctica y resolver las lagunas de conocimiento, supliendo la falta de conocimiento sobre el hecho y actuar como si se conocieran todos los aspectos relevantes del caso[61]. Es importante destacar que, en el Derecho penal, estas presunciones siempre se establecen a favor del reo.

De acuerdo con lo que hemos visto, podrían surgir dudas debido a la falta de información sobre los hechos que harían aplicables la regla que sirve para imputar dolo o imprudencia, sea porque se desconocen eventos cerebrales, sea porque se desconoce si una persona realizó una determinada conducta.

Con relación a los eventos cerebrales, dicho análisis debe ser descartado porque parte de una premisa que no puede ser probada (el hecho interno) y, además, se basa en una inferencia que se plantea en términos análogos a una relación natural (indicios), desconociendo la naturaleza los estados mentales, por lo que este punto de vista siempre entraría en contradicción con el principio *in dubio pro reo*. Por el contrario, si lo que se pretende conocer son ciertas disposiciones del comportamiento, entonces bastará con la prueba de las circunstancias normales que autorizarían a emplear dicho concepto.

Por otro lado, una laguna de reconocimiento es un problema semántico que se produce en la aplicación (o subsunción) de una regla general a un caso individual. Aun conociendo perfectamente todos los hechos del caso, esto es, todos los movimientos corporales realizados y todas las circunstancias desencadenantes de dicha conducta, siempre podrán subsistir dudas acerca de si la conducta puede ser imputada a título de dolo o imprudencia. Siempre cabe la posibilidad de que se presente una circunstancia atípica e insólita y escape a las reglas que hacen aplicables estas categorías. Es importante resaltar que estas lagunas de reconocimiento pueden ser mitigadas –hasta cierto punto– mediante la introducción de términos técnicos (indicadores)[62].



[60] ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sistemas Normativos*, p. 47.

[61] ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sistemas Normativos*, p. 48.

[62] ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sistemas Normativos*, pp. 48 s.

Provisionalmente, podemos concluir que el dolo y la imprudencia se encuentran doblemente indeterminados: en primer lugar, en relación con los términos, aunque a veces se confundan, es posible distinguir entre el concepto de dolo o imprudencia y los grupos de casos a los que genéricamente se aplican estos términos (dolo de intención, de consecuencias necesarias o eventual, imprudencia consciente e inconsciente). En segundo lugar, en relación con los hechos (conductas) que permitan imputar responsabilidad, es posible que se presenten dudas acerca de las circunstancias empíricas del hecho, o bien, que la precisión semántica de las definiciones o estipulaciones sea insuficiente con relación a las características de cada una de ellas y generen dudas en si estas categorías pueden ser o no aplicables a una u otra regla[63].

Esto último, solo puede ser resuelto mediante la introducción de indicadores y es aquí, en la aplicación de dichos términos, cuando dolo e imprudencia se presentan con diferencias que son graduales (*plus-minus*). En este sentido, advierte FEIJOO SÁNCHEZ que muchas de las construcciones sobre la delimitación de dolo e imprudencia no son teorías que intenten explicar qué es el dolo o imprudencia, ni teorías que sirvan para todo tipo de supuestos, sino que consisten en la búsqueda de criterios de delimitación que quieren ayudar al práctico del Derecho. Es decir, se trata de criterios fácticos –no normativos– para decidir si el autor conocía o no la realización del tipo[64]. Estos criterios fácticos, que facilitan la aplicación de los términos, son los que se suelen presentar en términos graduales.

5. Conceptos disposicionales e indicadores

La distinción entre lagunas normativas y de subsunción permite deslindar dos clases de problemas que se plantean cuando se imputa dolo o imprudencia. En general, se tiende a dar por sentado que las palabras tienen un significado preconstituido y que los jueces simplemente los detectan y subsumen en un caso individual, entremezclando así, en una misma operación deductiva, premisas normativas y fácticas que merecen ser diferenciadas[65].

Separar estos dos problemas permitiría dar cuenta de por qué las definiciones –y redefiniciones– que se proponen para el dolo y la imprudencia son incapaces de solucionar los problemas de indeterminación que los afectan. Cuando se propone una nueva definición de un concepto, por más detallado que éste sea, el intérprete se enfrenta siempre a un sinfín de realidades posibles cuando intenta aplicarlo a un caso individual.

Dicho de otra manera, sea que el legislador establezca definiciones en el código, sea que las proponga la doctrina, o incluso que los jueces las estipulen, estas solo serían útiles en abstracto. Las definiciones reducen las lagunas normativas al señalar a qué grupo de casos abstractos se pueden aplicar dolo e imprudencia; pero no dicen nada acerca de los criterios que se deben tener en cuenta para vincular casos genéricos a casos individuales.

Sin embargo, tampoco debe menospreciarse el uso de definiciones. Estas cumplen, como ha señalado PÉREZ BARBERÁ, un papel importante en su aplicación. Contar con un meta concepto

[63] Esto es lo que Hart llamaba «casos de penumbra». Véase, HART, *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, 1962, pp. 24-40.

[64] FEIJOO SÁNCHEZ, *Dolo eventual*, p. 93.

[65] La operación de subsunción puede ser utilizada para referirse a dos clases problemas diferentes: a la subsunción de casos genéricos (en un plano conceptual) y para la subsunción de un caso individual (en un plano empírico). Sobre esto, ALCHOURRÓN/BULYGIN, en «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», *Análisis Lógico y Derecho*, CEC, 1991, pp. 303 ss.; también LOS MISMOS, *Sistemas Normativos*, pp. 44-56.

claro (una definición) sobre lo que debe entenderse por dolo, permitiría: 1º) desarrollar las bases a partir de las cuales se puede reconstruir el dolo; 2º) predetermina qué reglas habrán de seguirse para determinar la relevancia de los datos empíricos que conforman los casos individuales a subsumir eventualmente en éste; 3º) establece de qué manera dichos datos pueden probarse empíricamente en un proceso[66].

Ahora bien, un concepto de dolo definido como aquel estado mental que hubiese permitido al agente evitar la realización del tipo penal, también presenta lagunas de subsunción cuando se intenta aplicar esta definición a un caso individual. Descartada la definición de un estado mental como suceso cerebral, es necesario considerar cuáles son aquellas circunstancias fácticas que merecen ser tomadas en cuenta para aplicar un concepto psicológico definido como una disposición de la conducta.

Resumidamente, una definición de dolo como «estado mental» y, además, una definición de estado mental como una «disposición de la conducta», solo permitiría señalar qué grupos de casos –genéricamente considerados– pertenecen a dicho concepto. En otras palabras, serán considerados casos abstractos de dolo aquellos estados mentales que se muestren como capaces de evitar un hecho típico. No obstante, esta definición no dice nada acerca de cómo se vinculan estos casos genéricos con los casos individuales. Quienes utilizan conceptos como creer, conocer, querer, etcétera, recurren a reglas convencionales para fijar cuáles son las circunstancias apropiadas para poder utilizar dichos términos. Por ejemplo, sería incorrecto sostener que una madre conocía que aplastaba a su bebé cuando estaba dormida; pero no porque se pueda probar que faltaban las conexiones neuronales adecuadas para utilizar el término 'conocer', sino porque convencionalmente el hecho de estar dormido no se considera una circunstancia normal para utilizar dicho concepto psicológico.

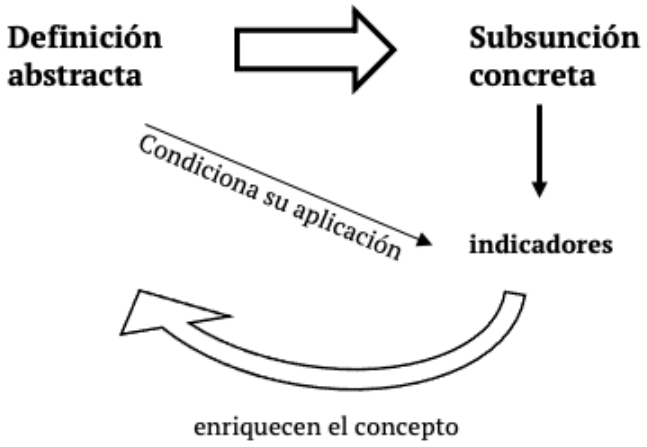
Si un estado mental no es más que la tendencia general a comportarse de una determinada manera en circunstancias normales, las lagunas de reconocimiento que se le pueden presentar a quien impute dolo o imprudencia se refieren a la selección de dichas circunstancias. Y dado su carácter infinito, estas no pueden ser fijadas de antemano en una definición, sino que solo pueden ser mitigadas a través del catálogo de indicadores de uso correcto que convencionalmente se ha ido construyendo a lo largo del tiempo. De esta manera, tiene toda la razón PUPPE cuando sostiene que no es posible reemplazar el concepto de dolo con indicadores, como proponían HASSEMER y VOLK[67].

Sin embargo, pese a la necesidad de separar concepto de dolo e indicadores de dolo, existe una relación simbiótica innegable entre ambos: el contenido de una definición condiciona qué indicadores representan aquellas condiciones normales para la aplicación de un estado mental, y estos, a su vez, nutren el concepto original hasta el punto en que a veces llegan a confundirse concepto y condiciones de aplicación. Así, por ejemplo, la creación de un peligro alto no es un elemento que pertenezca a la definición de dolo, al menos si se entiende a este como el estado mental que hubiese permitido al agente evitar el hecho típico, sino un indicador que hace aplicable dicho concepto. En otras palabras, se trata de un criterio fáctico que limita lagunas de reconocimiento y permite justificar por qué la realización de un riesgo muy elevado permite

[66] PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, p. 681. En el mismo sentido, PUPPE, en *El Derecho Penal como Ciencia*, p. 291.

[67] PUPPE, en *El Derecho Penal como Ciencia* , pp. 296, 298 y 316. En este texto PUPPE incluye también a Lothar Philipps; pero, como veremos enseguida, este autor no propone reemplazar el concepto por el uso de indicadores, sino que simplemente obliga al juez a tomar en cuenta a cada uno de ellos.

considerarla una acción realizada con el conocimiento de las circunstancias típicas, mientras que, si el riesgo fuese bajo, entonces podría reputarse que este movimiento corporal se ha realizado sin dicho conocimiento. Convencionalmente consideramos que el movimiento corporal consistente en disparar un arma de fuego (riesgo alto) se realiza con un estado mental (conocimiento), mientras que el de arrojar una colilla encendida sin él. Dicho esto, debe advertirse que es la gradualidad de los indicadores lo que genera la impresión de que el dolo y la imprudencia se encuentran en una relación *plus-minus*.



A fin de explicitar la relación que existe entre el concepto y los indicadores de dolo, podría analizarse la jurisprudencia del BGH alemán sobre la determinación del dolo eventual. Los jueces han adoptado la definición dada por la teoría del consentimiento, según la cual existe dolo cuando el agente consienta o apruebe la posibilidad del resultado. Para ello, suelen recurrir a los siguientes indicadores: 1º) que el autor haya proseguido con su actuación extremadamente peligrosa, pese a haber considerado la posibilidad de producción del resultado típico; y 2º) quien actúa con conocimiento de la especial peligrosidad de su acción, es evidente que deja al azar el ulterior desarrollo de los acontecimientos, por ello no basta la mera esperanza de que no pasará nada para tener por aceptado el resultado que fue considerado como posible. Por contraposición, se consideran contra indicadores excluyentes del dolo: 1º) la reciprocidad del peligro de muerte, es decir si el peligro que introduce el autor lo afecta a él en la misma medida, entonces se entiende que no aprobaría el resultado; 2º) la voluntad activada de evitación o de conductas que el autor dirige a impedir el resultado; y 3º) que el lesionado o un tercero sean capaces, por su formación u otras habilidades, de dominar o poner bajo control el peligro creado por el autor[68].

En este sentido, está claro que el carácter peligroso de la conducta, el hecho de que el autor abandone el control de los acontecimientos, la posibilidad de que sufra en los propios intereses y los intentos por evitar el resultado no forman parte del concepto; pero conforman las circunstancias correctas en las que resulta posible atribuir un estado mental como el de consentimiento o aprobación.

La gradualidad de los criterios de aplicación de conceptos jurídicos es un problema que afecta, como bien apunta MOLINA FERNÁNDEZ, no solo a la subsunción del dolo y la imprudencia, sino también a otros conceptos, como la imprudencia grave y la leve; actos preparatorios y ejecutivos;

[68] MYLONOPOULOS, *Dogmática penal en un contexto internacional*, 2017, pp. 20-27. PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al art. 15 del Código Penal Alemán*, 2010, pp. 80-82. En un sentido similar, Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Dolo Eventual*, pp. 93-101

complicidad y cooperación necesaria; autoría mediata e inducción; autoría y participación; etcétera. También en la parte especial es posible advertir lagunas de subsunción en figuras como las coacciones y las detenciones ilegales, u otras figuras definidas en los tipos contra el patrimonio o la vida humana. En todos ellos, la progresividad de los criterios fácticos aparece de forma recurrente como un elemento problemático y la delimitación de figuras se vuelve imposible[69].

Visto así, las lagunas de reconocimiento seguirán apareciendo, incluso cuando el legislador hubiese podido prever todos los casos posibles, esto es, que no existiesen lagunas normativas, y aunque se conozcan todos los detalles del hecho, es decir, que tampoco hubiesen lagunas de conocimiento[70].

Tener un dominio sobre cuáles son las condiciones normales para el uso correcto de un concepto disposicional equivale a tener un relativo control en la imputación de un estado mental. Estas condiciones nunca podrían estar previstas completamente de antemano, pues existe una infinidad de condiciones anormales que solo podrán ser advertidas en los casos individuales. En este sentido, por ejemplo, PHILIPPS entiende que si bien los indicadores no formarían parte del concepto de dolo o imprudencia, la decisión de un juez debería tener en cuenta todos los indicadores existentes, sean favorables o contrarios a los elementos de cada categoría[71].

En otras palabras, los indicadores de una disposición de conducta, aunque vinculados a la definición del estado mental, no pueden ser confundidos con ellos[72]. Cabe recordar que existen opiniones contrarias, como la de VOLK, según la cual cada vez que se justifica la aplicación de un concepto a un caso individual, desaparecerían las diferencias entre las características de un concepto y los criterios de aplicación de la prueba[73].

Por último, es necesario reparar en lo contraintuitivo que puede parecerle al lector que sean juristas y jueces, y no el legislador, los que acaben por decidir qué criterios resultan adecuados para imputar dolo e imprudencia, ya que parecería contrario al principio constitucional de la división de poderes. Sin embargo, el hecho de que sean éstos y no el legislador quienes se enfrentan a casos individuales, los coloca forzosamente en la posición de tener que escoger qué

---

[69] MOLINA FERNÁNDEZ, en JORGE BARREIRO (coord.), *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 693.

[70] Las lagunas de reconocimiento afectan no solo al lenguaje cotidiano, sino incluso a los lenguajes puramente formales como la matemática. En la terminología de HART, éstos son casos de penumbra. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sistemas Normativos*, pp. 47-56. En el mismo sentido, BALDÓ LAVILLA señala que ni siquiera adoptando el legislador un excesivo casuismo podrían obviarse los problemas interpretativos, en BALDÓ LAVILLA, «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», en *Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1997, Bosch, p. 364-365.

[71] PHILIPPS, «An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit - Ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen», en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *FS-Roxin*, 2001, De Gruyter, pp. 365-378.

[72] En el mismo sentido, el significado de los términos debe ser distinguido de aquello que se dice con el uso de ellos en una ocasión determinada, aunque el primero determina parcialmente al segundo. BAKER/HACKER, *Understanding and Meaning*, p. 130.

[73] VOLK, «Begriff und Beweis subjektiver Merkmale», en *50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft*, 2000, t. IV, pp. 739-746. También HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», *ADPCP*, (3), 1990, pp. 925-926, sostiene que los indicadores no pueden separarse del concepto de dolo. En el mismo sentido, STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, pp. 388-389, considera dudosa la división entre el concepto de dolo y su prueba, pues en los «hechos internos», tanto las pruebas empíricas como las reglas de inferencia pertenecen a la prueba. En España, BACIGALUPO ZAPATER, «Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación», *ADPCP*, (2), 1988, p 379, afirma que lo referente a la realización de la norma solo puede ser una cuestión de posibilidad conceptual.

indicadores son o no correctos. Esto no constituye ningún problema si se entiende que la actividad de imputación obliga a ir más allá de la mera deducción formal y que no sería descabellado decir que los jueces actuarían como «co-legisladores»[74] de estas categorías.

Resulta llamativo que la jurisprudencia haya rechazado establecer un *numerus clausus* de indicadores por considerarlo contrario al principio de la libre valoración de la prueba y que, incluso, se hayan negado a fijar una escala según el peso abstracto de cada uno de estos criterios. Sencillamente se han limitado a decir que, en la aplicación de un concepto, deberían sopesarse todas las razones a favor y en contra de una imputación. En definitiva, en un sistema jurídico donde los jueces pueden decidir libremente qué clase de indicadores utilizan, qué importancia tienen y, sobre todo, cuándo pueden ser utilizados o descartados, la diferencia entre dolo e imprudencia seguirá siendo una práctica insegura, incalculable e inconsistente[75].

6. Conclusiones

(i) Se parte de la hipótesis de que la discusión sobre la relación entre dolo e imprudencia, tradicionalmente abordada como categorías cualitativamente opuestas (*aliud*), y, últimamente, como categorías diferenciadas cuantitativamente (*plus-minus*), remite a distintos problemas de vaguedad que merecen ser diferenciados. En este sentido, la relación dependerá de si la interpretación recae sobre los términos empleados o si se refiere a determinados hechos que se pretenden subsumir.

(ii) La interpretación de enunciados sobre el dolo y la imprudencia puede generar lagunas normativas, en el sentido de que subsistan dudas acerca de si un grupo de casos genéricos puede ser considerado en una u otra categoría. Este problema se suele solucionar con el uso de definiciones. Por el contrario, la interpretación de hechos podría ocasionar lagunas de subsunción, sea por falta de conocimientos empíricos (lagunas de conocimiento), sea por falta de criterios claros para la imputación de un hecho individual (lagunas de reconocimiento).

(iii) En general, se suele entender que aquello que se imputa es un hecho interno y que se prueba a través del uso de indicios. Este punto de vista se corresponde con una concepción dual de la mente y debería descartarse por tomar una premisa incontrastable y sustentarse en una inferencia falsa. En otras palabras ¿cómo se puede saber la forma en que algo se exterioriza, si ni siquiera se sabe qué es ese algo? Otro punto de vista, como el aquí defendido, consiste en considerar que los estados mentales son disposiciones de la conducta y que los criterios de aplicación correcta tienen carácter convencional. Esto es lo que se conoce como indicadores de dolo y, dada su naturaleza empírica, tienen carácter gradual.

(iv) Al tomar partido por la concepción que entiende que los estados mentales son disposiciones de la conducta, considero que la única vía para hacer mínimamente previsible la imputación de dolo e imprudencia consiste en que sea la doctrina quien se ocupe de un estudio de los indicadores convencionalmente aceptados –que también ha venido utilizando la jurisprudencia– y se evalúe su conveniencia. Este es un problema que no podría solucionar el legislador, puesto

[74] BALDÓ LAVILLA, en *Libro Homenaje a Claus Roxin*, pp. 360-361. En el mismo sentido, advierte Sánchez-Ostiz que el análisis del comportamiento humano no es compatible con la subsunción lógica, sino con la lógica propia de la imputación. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y Teoría del delito*, 2008, pp. 503 ss.

[75] PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2010, nm. 9/8-11. LA MISMA, *La distinción*, pp. 80-82; LA MISMA, «Comprobar, imputar y valorar: Reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica», *InDret*, (3), 2013, p. 15.

que establecer de antemano un catálogo general de indicadores implicaría volver a un sistema de prueba tasada.

7. Bibliografía

ACERO FERNÁNDEZ/BUSTOS/QUESADA CASAJUANA, *Introducción a la Filosofía del Lenguaje*, 5ª ed., Ediciones Cátedra, Madrid, 2001.

ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sistemas Normativos*, 2ª ed., ed. Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 2012.

———, «Los limites de la lógica y el razonamiento jurídico», en *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

BACIGALUPO ZAPATER, «Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (2), 1988, pp. 365-386.

BAKER/HACKER, *Wittgenstein: Understanding and Meaning,* 2ª ed., Blackwell Publishing, Oxford, 2005.

BALDÓ LAVILLA, «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 357-386.

CARNAP, «Psicología en lenguaje fisicalista», en AYER (comp.), *El positivismo lógico*, Fondo de Cultura Económica, México 1978.

CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2013.

DESCARTES, *Meditaciones metafísicas con objeciones y respuestas*, Alfaguara, Madrid, 1977.

DUTTGE, «§ 15 MüKoStGB», en *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3º ed., C.H. Beck, München, 2017.

EINSTEIN, *Geometry and Experience*, Methuen & Co. Ltd., London, 1992.

ENDICOTT, *La vaguedad en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2006.

ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3ª ed., Carl Winter, Heidelberg, 1963.

FEIJOO SÁNCHEZ, *Dolo Eventual*, Olejnik, Argentina, 2018.

FIGUEROA RUBIO, «Reconocer y explicar lo que hacemos. Una lectura de la agencia humana desde las observaciones de Ludwing Wittgenstein», en ORMEÑO KARZULOVIC (ed.), *Acciones, razones y agentes*, LOM, Santiago de Chile, 2016.

FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Heymann, Berlin, 1983.

GAEDE, «§ 15 StGB», en MATT/RENZIKOWSKI (eds.), *StGB*, Franz Vahlen, München, 2013.

GONZÁLEZ LAGIER, «¿La tercera humillación? Sobre neurociencia, filosofía y Libre albedrío», en TARUFFO/NIEVA FENOLL (dirs.), *Neurociencia y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2013.

GRECO, «Dolo sin voluntad», *Revista Nuevo Foro Penal*, (13-88), 2017, pp. 10 ss.

GUASTINI, *La sintaxis del Derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016.

———, *Interpretar y Argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», *ADPCP*, (3), 1990, pp. 909-932.

HERZBERG, «Der Vorsatz als 'Schuldform', als '*aliud*' und als 'Wissen und Wollen?'», en GEIß (ed.), *Festschrift 50-Jahre BGH*, Band IV, C.H. Beck, München, 2000.

HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», en GÖSSEL (ed.), *Strafverfahren im Rechtsstaat: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75*, De Gruyter, Berlin, 1985.

JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

———, «Gleichgültigkeit als dolus indirectus», *ZStW*, (114), 2002, pp. 584-599.

———, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

JESCHECK /WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, 5ª ed., Comares, Granada, 2002.

KANT, *La crítica de la razón pura* (1787), Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.

KINDHÄUSER, «El tipo Subjetivo», en KINDHÄUSER/POLAINO ORTS/CORCINO (eds.), *El tipo objetivo e imputación subjetiva en el Derecho penal,* Ed. Grijley, Lima, 2009.

———, «Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale», *JURA,* 1984.

———, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, (96), 1984.

KLUG, *Problemas de la filosofía y de la pragmática del Derecho*, 2ª ed., Distribuciones Fontamarra, México, 2002.

LIBET/GLEASON/WRIGHT/PEARL, «Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness- potential): The unconscious initiation of a freely voluntary act», *Brain*, (106-3), 1983, pp. 623-642.

LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

MAÑALICH, «La imprudencia como estructura de imputación», *Revista de Ciencias Penales*, XLIII, (3), 2015, pp. 13-35.

MIR PUIG, *La función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona,1982.

MOLINA FERNÁNDEZ, «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, Sorites y Derecho Penal», en JORGE BARREIRO, Agustín (coord.), *LH-Rodríguez Mourullo*, Civitas, España, 2005, pp. 691-742.

MOYA, *Filosofía de la mente*, PUV, Valencia, 2004.

MYLONOPOULOS, *Dogmática penal en un contexto internacional*, BdeF, Buenos Aires, 2017.

———, «Vorsatz als Dispositionsbegriff», en FREUND *et al.*, *FS-Frisch*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013.

———, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, Peter Lang Ltd., Frankfurt–Berlín-New York, 1998.

NINO, *Introducción a la Filosofía de la acción humana*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 8ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

PAREDES CASTAÑÓN, «Dolo y Psicología de sentido común», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO *et al.* (dirs.), *LH-Luzón Peña*, Reus editorial, Madrid, 2020.

———, «Problemas metodológicos en la prueba del dolo», *Anuario de Filosofía de Derecho*, (18), 2001, pp. 67-94.

PASTOR, «Libre Albedrío y Responsabilidad jurídica. Tal vez un mito, pero uno muy funcional», en PASTOR, Daniel/ROCA, María, *Neurociencias y Derecho*, tomo 1, 2019, Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

PÉREZ BARBERÁ, «¿Dolo como *plus* o a*liud* en la imprudencia», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO *et al.* (dirs.), *LH-Luzón Peña*, Reus editorial, Madrid, 2020.

———, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

PÉREZ MANZANO, «Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo», en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II, Edisofer, Madrid, 2008.

PHILIPPS, «An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit - Ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen», en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *FS-Roxin*, De Gruyter, Berlín, 2001.

PINEDA, *La mente humana: Introducción a la filosofía de la psicología*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2012

PUPPE, «§ 15», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden, 2017.

———, «Perspectivas conceptuales del dolo eventual», en LA MISMA, *El Derecho Penal como Ciencia*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016.

———, «Beweisen oder Bewerten. Zu den Methoden der Rechtsfindung des BGH, erläutert anhand der neuen Rechtsprechung zum Tötungsvorsatz», *ZIS*, (2), 2014.

————, «Comprobar, imputar y valorar: Reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica», *InDret*, (3), 2013.

————, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2011.

————, *La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al art. 15 del Código Penal Alemán*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, tomo 1, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997.

————, «Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme», en ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG, *Einführung in das neue Strafrecht*, C.H. Beck, München, 1974.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.H. Beck, München, 2020.

SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y Teoría del delito*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la 'Interpretación' teleológica en Derecho penal», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/GARCÍA AMADO (eds.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

STEIN, «§ 15», en HOYER *et al., SK-StGB*, 9ª ed., 2017.

SOON/BRAAS/HEINZE/HAYNES, «Unconscious determinants of free decisions in the human brain», *Nature Neuroscience*, (11-5), 2008.

STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, «§ 15», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB Kommentar,* 30ª ed., C.H. Beck, München, 2019.

STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, De Gruyter, Berlin, 2007.

VARELA, *Dolo y Error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, Bosch Editor, España, 2016.

VOGEL/BÜLTE, «§ 15», en CIRENER *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar StGB*, v. 1, De Gruyter, Berlín, 2020.

VOLK, «Begriff und Beweis subjektiver Merkmale», *50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft BGH*, C.H. Beck, München, 2000.

————, «Dolus Ex Re», en HAFT *et al.* (eds.), *FS-Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993.

InDret
3.2022

El impacto del COVID-19 en el delito farmacéutico

Una explicación desde la criminología

Úrsula Ruiz Cabello
Universitat Pompeu Fabra
-

Sumario

-

Desde hace décadas, la comunidad internacional ha mostrado una creciente preocupación por el incremento de los delitos farmacológicos, así como por las consecuencias que tienen sobre la población afectada, ya que diferentes factores económicos, sociales y sanitarios han impulsado la expansión de este tipo delictivo a escala global. Por este motivo, la pandemia causada por el COVID-19, lejos de ser un punto de inflexión, ha aumentado la presencia de estos delitos, matizando alguna de sus características principales. Por todo lo expuesto, el presente trabajo tiene por objetivo describir las tendencias globales observadas sobre los delitos farmacéuticos, y por otro lado, analizar la realidad española. Lo destacado del trabajo es que realiza una comparativa con la situación previa y posterior del estallido de la pandemia, con la intención de describir los cambios sufridos y localizar los factores explicativos de los mismos. Los resultados muestran que a nivel global, el COVID-19 ha impulsado la comisión de delitos farmacéuticos, propiciando la participación del crimen organizado y el uso de internet. Sin embargo, en España no se ha detectado una mayor incidencia de este tipo delictivo pese a la nueva coyuntura social, económica y sanitaria.

Abstract

-

For decades, the international community has been concerned about the rise of pharmaceutical crimes, as well as the consequences they has on the population. On a global scale, different economic, social and health-policies factors have driven the expansion of this crime. For this reason, the pandemic caused by COVID-19, far from being a turning point, has increased the presence of these crimes, modifying some of their main characteristics. For all of the above reasons, the aim of this paper is to describe the observed global trends in pharmaceutical crime and, on the other hand, to analyze the situation in Spain. The main feature of the study is that it compares the situation before and after the outbreak of the pandemic, in order to describe the changes and to identify the explanatory factors. The results show that at a global level, COVID-19 has boosted the commission of pharmaceutical crimes, encouraging the participation of organized crime and the use of the internet. However, in Spain no greater incidence of this crime has been detected despite of the new social, economic and health situation.

Title: *The Impact of COVID-19 on Pharmaceutical Crime. A criminological explanation*

-

Palabras clave: Delito farmacéutico, COVID-19, Pandemia, Crimen Organizado
Keywords: *Pharmaceutical crime, COVID-19, Pandemic, Organized crime*
-
DOI: 10.31009/InDret.2022.i3.07
-

InDret

3.2022

Recepción
13/04/2022
-
Aceptación
05/07/2022
-

Índice

-

1. Introducción
2. El delito farmacéutico: una realidad global
2.1. La situación antes del COVID-19
2.2. El COVID-19: ¿Una nueva realidad?
3. El delito farmacéutico en España
3.1. La situación antes del COVID-19
3.2. El COVID-19: ¿Una nueva realidad?
4. Conclusiones
5. Bibliografía
6. Anexo 1

-

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

1. Introducción*

Hace prácticamente cuarenta años asomó la preocupación de la comunidad internacional por el fenómeno de la falsificación de medicamentos[1]. Siguiendo la cronología ofrecida por REGGI[2], el primer evento internacional sobre la materia fue la Conferencia de Expertos sobre el Uso Racional de los Medicamentos de Nairobi, organizada por la Organización Mundial de la Salud en 1985. Este primer encuentro vino seguido de otros, organizados por la Asamblea Mundial de la Salud, hasta que más adelante diferentes organismos, tales como la Organización para las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea, se sumaron al liderazgo. A día de hoy, el interés en este ámbito no versa únicamente sobre la falsificación de medicamentos. Tanto la comunidad internacional como muchos Estados se han ocupado de prevenir y castigar un conjunto de comportamientos dañinos para la salud pública e individual de los ciudadanos, lo agrupados bajo la figura del *delito farmacéutico*[3]. El presente trabajo define el concepto de delito farmacéutico como aquellas conductas tipificadas penalmente que implican la fabricación, el subministro, la importación o exportación, el abastecimiento o la comercialización de materias primas, medicamentos o aparatos/productos médicos para fines humanos o veterinarios, en mercados legales o ilegales, cuando estos sean subestándar, espurios, fraudulentamente etiquetados, falsificados, traficados o no cuenten con los requisitos legislativos vigentes o la correspondiente autorización[4].

El delito farmacéutico es un fenómeno criminológico complejo, ya que sus causas son una amalgama de factores económicos, sanitarios y culturales que actúan de motor para su expansión. También el *íter criminis* de este tipo suele involucrar diferentes espacios geográficos, lo que le convierte en un delito ubicuo que puede cometerse tanto por un único individuo de forma poco profesional, como por una red criminal altamente organizada y

---

* Úrsula Ruiz Cabello (ursula.ruiz@upf.edu). El artículo se incardina en el proyecto «*Regional Academy of the United Nations*» y contó con el apoyo de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.

[1] Realmente la falsificación de medicamentos se inicia en el siglo XIX, a causa de los avances tecnológicos y el lucro económico que esta actividad producía. Véase BATE, *Making a killing: the deadly implications of the counterfeit drug trade*, AEI Press, 2008.

[2] REGGI, «Medicamentos falsificados y desabastecimiento de medicamentos», *Butlletí Groc, Fundación Instituto Catalán de Farmacología*, 27, 4, 2014, p. 13.

[3] A efectos de este trabajo se ha optado por usar la expresión «delito farmacéutico» en lugar de «delito sanitario» o «delito farmacológico». Una discusión de los mismos en CÁMARA ARROYO, «El medicamento como instrumento del delito: análisis del delito farmacológico y las intoxicaciones medicamentosas desde la Medicina legal, el Derecho penal y su jurisprudencia», *Anuario de derecho penal y ciencias penales, LXXIII,* 2020, p. 361. El motivo de esta elección es que el término «farmacéutico» parece más amplio y flexible a la realidad dinámica y cambiante de este delito y el objeto material del mismo. Este argumento se hace especialmente evidente durante la crisis sanitaria del COVID-19. Se aprovecha esta nota para aclarar que quedan excluidos del objeto del trabajo aquellas conductas que tengan por objeto material productos alimenticios, productos cosméticos o de cuidado personal y el tratamiento de sustancias químicas que no sean considerados medicamentos.

[4] Existe un debate terminológico, en torno a qué vocablos usar para referirse a las actividades que constituyen los delitos farmacéuticos, así como el significado exacto de cada término. Puntos más interesantes del debate se pueden encontrar en: HALL/ANTONOPOULOS, «License to pill: illegal entrepreneurs' tactics in the online trade of medicines», en VAN DUYNE/HARVEY/VON LAMPE (eds), *The relativity of wrongdoing: corruption, organised crime, fraud and money Laundering in perspective*. Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2015, p. 229; HALL/KOENRAADT/ANTONOPOULOS, «Illicit pharmaceutical networks in Europe: organizing the illicit medicine market in the United Kingdom and the Netherlands», *Tends Organized Crime,* 20, 2017, p. 298; JOHNSTON/HOLT, «Substandard drugs: a potential crisis for public health», *British Journal of Clinical Pharmacology*, 78, 2, 2013, p. 218; MACKEY/LIANG/YORK/KUBIC, «Counterfeit drug penetration into global legitimate medicine supply chains: a global assessment», *American Journal of Tropical Medicine and Hygiene,* 92, 6, 2015, p. 59.

sofisticada. Por último, el impacto victimológico es extenso, puesto que no solo afecta al individuo que consume el medicamento. Como se verá, puede llegar a afectar a todo el sistema sanitario y poner en riesgo a toda la comunidad.

Si intrínsecamente el delito farmacéutico presenta un abordaje complicado, la situación de pandemia derivada del COVID-19 lo ha agravado, ya que los actores criminales han aprovechado las nuevas necesidades que la crisis ha hecho emerger. Es por ello que la incidencia y prevalencia del delito farmacéutico ha aumentado y algunas características del tipo han sido modificadas para adaptarse a esta nueva realidad[5].

Tanto el interés criminológico que supura el objeto de estudio como sus recientes cambios consecuencia de la crisis sanitaria justifican que el objetivo del presente trabajo sea realizar un análisis descriptivo del delito farmacéutico a nivel global y en el contexto español. Además, se va explicar qué papel ha tenido la pandemia en el desarrollo de este fenómeno criminal.

2. El delito farmacéutico: una realidad global

En el presente aparatado se va a tratar de explicar por qué el delito farmacéutico es una amenaza global. La premisa de partida es que no hay ningún país exento de la presencia de este tipo delictivo. Los factores que ayudan a esta ubicuidad son: la larga cadena de producción y suministro, la multiplicidad de participantes, y el papel de las tecnologías de la información y la comunicación.

Las líneas que siguen van a describir la situación del delito farmacéutico a nivel global antes y después de la irrupción del COVID-19. Las cuestiones que se expondrán son: la incidencia y prevalencia de este delito, sus causas, las conductas criminales observadas y sus autores, el impacto victimológico del mismo así como las estrategias de prevención y abordaje de la amenaza. A continuación de esta explicación se va a tratar el delito farmacéutico tras el inicio de la pandemia. Para ello, se va a estudiar el impacto del COVID-19 en este fenómeno criminal junto con las tendencias impulsadas por el mismo.

2.1. La situación antes del COVID-19

Pese a que la cifra negra de los delitos farmacéuticos es elevada[6], los expertos coinciden en que es un delito que ha ido en aumento en las últimas décadas[7]. Los datos muestran que el registro

---

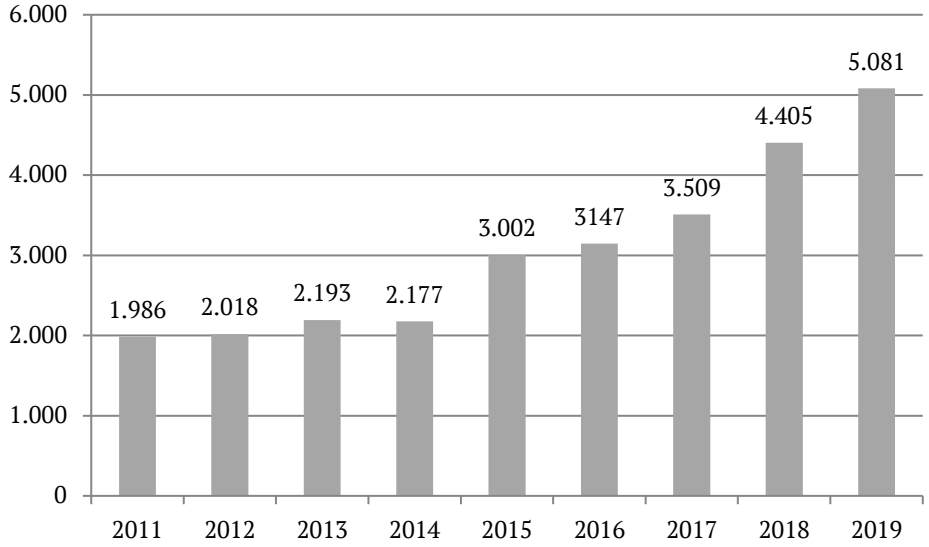
[5] PEREVALOVA/RUIZ CABELLO, *The impact of the covid-19 crisis on transnational organized crime,* Regional Academy of the United Nations, 2022.

[6] La elevada cifra negra de este tipo delictivo es explicada por factores como la dificultad en la detección de estos delitos, y el infra registro causado por diferencias terminológicas entre legislaciones, en HALL/KOENRAADT/ANTONOPOULOS, *Tends Organized Crime,* 20, 2017, pp. 296 ss., así como las limitaciones propias de los datos de cada país (MACKEY/LIANG/YORK/KUBIC, *American Journal of Tropical Medicine and Hygiene,* 92, 6, 2015, pp. 59 ss.). A causa de esta cifra negra, las estimaciones sobre la incidencia o prevalencia de los delitos farmacéuticos deben realizarse e interpretarse con especial precaución, más aún aquellos referidos a realidades globales. Cuestión diferente es la falta de accesibilidad a dichos datos por la reticencia en la publicación por las autoridades competentes (CHIKA/BELLO/JIMOH/UMAR, «The Menace of Fake Drugs: Consequences, Causes and Possible Solutions», *Research Journal of Medical Sciences*, 5, 5, 2011, pp. 257 ss.).

[7] BLACKSTONE/FUHR/POCIASK, «The health and economic effects of counterfeit drugs», *American Health Drug Benefits*, 7, 4, 2014, pp. 216 ss.; HALL/ANTONOPOULOS en *The relativity of wrongdoing: corruption, organised crime, fraud and money Laundering in perspective*, 2015, pp. 229 ss.; HALL/KOENRAADT/ANTONOPOULOS, *Tends Organized*

mundial de delitos farmacéuticos antes de la crisis sanitaria derivada del COVID-19[8] (véase el Gráfico 1) seguía una tendencia estable de crecimiento, llegando a un máximo de 5.081 en el año 2019.

Gráfico 1. Evolución temporal de delitos farmacéuticos registrados a nivel mundial en números absolutos antes del COVID-19.



Elaboración propia a partir de los datos de *Pharmaceutical Securiy Institute* (PSI)[9]

Los factores que explican el crecimiento de la incidencia de los delitos farmacéuticos son criminológicos, relativos al mercado farmacéutico, o propios de los avances tecnológicos. Sin embargo, la fuerza explicativa de cada factor depende de las características de cada país[10] y de la conducta que se trate de explicar (falsificación, producción subestándar, distribución, etiquetaje fraudulento, etc.)[11]. Por un lado, los factores criminológicos que explican el auge del delito farmacéutico son: el alto beneficio económico que proporciona el delito (así como la rápida obtención del mismo[12]) junto con un bajo coste económico de la actividad, reforzado por

Crime, 20, 2017, pp. 296 ss.; INTERNATIONAL INSTITUTE OF RESEARCH AGAINST COUNTERFEIT MEDICINES/ PRZYSWA, *Counterfeit medicines and criminal organizations*, IRACM, París, 2013; KELESIDIS/FALGAS, «Substandard/Counterfeit Antimicrobial Drugs», *Clinical Microbiology Reviews,* 28, 2, 2015, pp. 443 ss.;. YAR, *International Journal of Social Inquiry* 1, 1, 2008, pp. 151 ss.; OFFICE FOR HARMONIZATION IN THE INTERNAL MARKET/EUROPOL, *2015 Situation report on counterfeiting in the European Union,* EUROPOL, 2015. De hecho, la tendencia creciente ya se había iniciado en los 2000, como indican la AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS, *Estrategia frente a medicamentos falsificados 2008-2011*, AEMPS, Madrid, 2009; MACKEY/LIANG, «The global counterfeit drug trade: patient safety and public health risks», *Journal of Pharmaceutical Sciences,* 100, 11, 2011, pp. 4571 ss. o MACKEY/LIANG/YORK/KUBIC, *American Journal of Tropical Medicine and Hygiene,* 92, 6, 2015, pp. 59 ss.

[8] Al darse el brote epidémico en Wuhan en diciembre de 2019, se ha optado por incluir el año 2019 como momento «pre-COVID-19», ya que fue el 30 de enero de 2020 cuando la Organización Mundial de la Salud declaró la emergencia sanitaria de preocupación internacional al haberse diagnosticado casos en otros países.

[9] Datos extraídos de PSI. Disponibles en: https://www.psi-inc.org/incident-trends [Última consulta 3 de mayo de 2022].

[10] TARDIF, «Medicamentos falsificados: una píldora difícil de tragar y un reto sanitario global», *Anuario Español de Derecho Internacional*, 27, 2011, pp. 591 ss.

[11] BUCKLEY/GOSTIN (eds.), *Committee on Understanding the Global Public Health Implications of Substandard, Falsified, and Counterfeit Medical Products*, The National Academies Press, Washington, DC, 2013.

[12] HALL/KOENRAADT/ANTONOPOULOS, *Tends Organized Crime,* 20, 2017, p. 296 ss.

un riesgo mínimo de detección[13]. También lo posibilita la debilidad del entramado legislativo en torno a este fenómeno[14], la falta de supervisión, la baja capacitación de los encargados de la vigilancia[15] y la fragilidad de la cadena de suministro[16], medio por el que se comete el delito.

Por otro lado, los factores relativos al mercado farmacéutico son la globalización de la cadena de suministros y del mercado[17], la aplicación de políticas neoliberales en los servicios médicos y farmacéuticos - puesto que provoca que los usuarios deban buscar alternativas al mercado más económicas para cubrir sus necesidades sanitarias[18] - y la práctica de la automedicación[19]. Por último, los avances tecnológicos y comunicativos han permitido incorporar innovaciones en las diferentes etapas de la cadena de subministro[20], y por otro lado, impulsan la información, comunicación y accesibilidad en este ámbito[21]. Es destacable el papel que internet ha tenido, ya que, entre otras potencialidades, ha facilitado la distribución de los medicamentos y los productos, ha aumentado el número de usuarios y ha difuminado las líneas entre el mercado legal e ilegal[22].

Sobre la ubicuidad del fenómeno, los expertos apuntan que el delito farmacéutico está disperso en el espacio geográfico[23], ya que la cadena de suministro (la producción, la distribución y el consumo) está disgregada[24]. La producción parece estar localizada, principalmente, en Asia del

---

[13] ANDREU-MARCH et al., «Turn back crime: medicamentos ilegales y papel del farmacéutico comunitario», *Farmacéuticos Comunitarios, 8,*4, 2016, pp. 26 ss.

[14] ARNDT, «Impact of European e-commerce liberalisation on pharmaceutical crime», *Bundesgesundheitsbl*, 60, 2017; TARDIF, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 27, 2011, pp. 591 ss.

[15] TARDIF, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 27, 2011, pp. 591 ss.

[16] Explicada en BUCKLEY/GOSTIN (eds.) *Committee on Understanding the Global Public Health Implications of Substandard, Falsified, and Counterfeit Medical Products*, 2013.

[17] MACKEY/LIANG/YORK/KUBIC, *American Journal of Tropical Medicine and Hygiene,* 92, 6, 2015, p. 59 ss.; YAR, *International Journal of Social Inquiry* 1, 1, 2008, pp. 151 ss.

[18] TARDIF, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 27, 2011, pp. 591 ss.; YAR, *International Journal of Social Inquiry* 1, 1, 2008, pp. 151 ss.

[19] De acuerdo con GONZÁLEZ URIEL, «Falsificación de productos médicos y delitos similares contra la salud pública: influencias internacionales y regulación nacional» *Estudios de Deusto, 65,* 1, 2017, p.154, la automedicación incide en este mercado cuando se realiza irresponsablemente por iniciativa del paciente, sin diagnóstico o prescripción. En estos casos la automedicación implica el uso de sobrantes de medicamentos, medicamentos sin receta, medicamentos que requieren receta, pero se obtienen sin ella y otros medicamentos alternativos.

[20] OFFICE FOR HARMONIZATION IN THE INTERNAL MARKET/EUROPOL, *2015 Situation report on counterfeiting in the European Union,* 2015.

[21] JOHNSTON/HOLT, *British Journal of Clinical Pharmacology*, 78, 2, 2013, pp. 218 ss.

[22] ANDREU-MARCH et al., *Farmacéuticos Comunitarios, 8,*4, 2016, pp. 26 ss.; ARNDT, «Impact of European e-commerce liberalisation on pharmaceutical crime», *Bundesgesundheitsbl*, 60, 2017; BLACKSTONE/FUHR/POCIASK, *American Health Drug Benefits*, 7, 4, 2014, pp. 216 ss.; DI NICOLA/MARTINI/BARATTO, *FAKECARE: developing expertise against the online trade of fake medicines by producing and disseminating knowledge, counterstrategies and tools across the EU.* eCrime- ICT, Law & Criminology, Trento, 2015; HALL/ANTONOPOULOS en *The relativity of wrongdoing: corruption, organised crime, fraud and money Laundering in perspective*, 2015, pp 229 ss.; MACKEY/LIANG, *Journal of Pharmaceutical Sciences,* 100, 11, 2011, pp. 4571 ss.

[23] HALL/KOENRAADT/ANTONOPOULOS, *Tends Organized Crime,* 20, 2017, p. 296 ss.; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Comunicados de prensa*, 31.01.2018.

[24] Como ejemplo, los datos de Estados Unidos - COMMITTEE ON ENERGY AND COMMERCE, *Counterfeit Drugs: Fighting Illegal Supply Chains,* Majority Committee Staff, 2014, pp. 1 ss., muestran que en 2011, el 40% de las medicinas que tomaron los estadounidenses estaban hechas en otros países, sin obtener la aprobación de la autoridad competente, y el 80% de los ingredientes activos son importados de 3.800 fábricas extranjeras, contando más de 150 países.

Sur, China, Hong Kong, India, Rusia y Latinoamérica[25], mientras que la distribución se produce, en mayor medida, por África, centro Europa y Oriente Medio. Por esta razón, los delitos farmacéuticos son un problema global[26] ya que afectan tanto a países ricos[27] como aquellos países de bajos ingresos[28] (aunque parece que el problema es más severo en estos últimos[29]). Como ejemplo, la Organización Mundial de la Salud estima que una tercera parte de los medicamentos y productos médicos que se encuentran en países con ingresos bajos o medianos, son de calidad subestándar o directamente falsificados[30]. Más aguda parece ser la problemática en países como Nigeria o Pakistán, donde los medicamentos falsificados suponen un 40-50% del total de medicamentos disponibles[31]. De hecho, siguiendo la clasificación de incidencia de los delitos farmacéuticos realizada por GONZÁLEZ URIEL[32] los países con una incidencia muy elevada se encuentran en África, América Central y Sudamérica. Los países con incidencia elevada son aquellos del Sudeste Asiático, China y las antiguas Repúblicas Soviéticas. Los países de baja incidencia son los que se encuentran en la cuenca mediterránea de África, la Península Arábiga y Oriente Medio. Mientras que los países de incidencia puntual son los pertenecientes a Norteamérica, Europa, Japón y Australia.

Respecto a los medicamentos y productos afectados, la Organización Mundial de la Salud reporta que recibe notificaciones de productos falsificados o de calidad subestándar de todas las categorías, pero subraya la presencia de medicamentos, vacunas y diagnósticos *in vitro* antipalúdicos y antibióticos[33]. La falsificación se produce tanto en medicamentos genéricos como innovadores, independientemente del precio del producto[34]. En realidad, el medicamento objeto del delito depende, básicamente, de la demanda de cada contexto geográfico, ya que se amolda a las necesidades sanitarias de cada país y a su contexto cultural[35]. Así pues, en el Sur Global la demanda de medicamentos se dirige al tratamiento contra enfermedades graves, tales como la malaria, el virus de inmunodeficiencia humana o la tuberculosis[36], por lo que los

---

[25] TARDIF, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 27, 2011, pp. 591 ss.

[26] HALL/KOENRAADT/ANTONOPOULOS, *Tends Organized Crime,* 20, 2017, p. 296 ss.; JOHNSTON/HOLT, *British Journal of Clinical Pharmacology*, 78,2, 2013, pp. 218 ss.; KELESIDIS/FALGAS, *Clinical Microbiology Reviews,* 28, 2, 2015, pp. 443 ss.; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Productos médicos de calidad subestándard y falsificados», *Comunicados de prensa*, Ginebra, 2018; TARDIF, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 27, 2011, pp. 591 ss.; YAR, *International Journal of Social Inquiry* 1, 1, 2008, pp. 151 ss.

[27] ALMUZAINI/CHOONARA/SAMMONS, *BMJ Open*, 3, 2013, pp. 2 ss.; CHIKA et al., «The Menace of Fake Drugs: Consequences, Causes and Possible Solutions», *Research Journal of Medical Sciences*, 5, 5, 2011, pp. 257 ss.

[28] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Comunicados de prensa*, 31.01.2018.

[29] CHIKA et al., *Research Journal of Medical Sciences*, 5, 5, 2011, pp. 257 ss.; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Comunicados de prensa*, 31.01.2018; TARDIF, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 27, 2011, pp. 591 ss.; UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Counterfeit goods: a bargain or a costly mistake?,* UNDOC, 2014.

[30] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Comunicados de prensa*, 31.01.2018

[31] UNITED NATIONS INTERREGIONAL CRIME AND JUSTICE RESEARCH INSTITUTE, *Counterfeiting: a global spread, a global threat.* 2009.

[32] GONZÁLEZ URIEL, *Estudios de Deusto,* 65*,* 1, 2017, p.154.

[33] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Comunicados de prensa*, 31.01.2018.

[34] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Comunicados de prensa*, 31.01.2018.

[35] UNITED NATIONS INTERREGIONAL CRIME AND JUSTICE RESEARCH INSTITUTE, *Counterfeiting: a global spread, a global threat.* UNICRI, Turin, 2009, pp. 65 ss.

[36] HALL/KOENRAADT/ANTONOPOULOS, *Tends Organized Crime,* 20, 2017, p. 296

medicamentos falsificados o subestándar son agentes antibióticos o anti malaria[37]. De forma radicalmente opuesta, en el Norte Global la demanda está relacionada con medicamentos de estilo de vida[38] - más influidos por razones culturales que médicas - o medicamentos patentados recientemente[39].

Los delitos farmacéuticos pueden ser cometidos por cualquier persona física o jurídica[40]. De hecho, la comisión de delitos farmacéuticos requiere de un amplio espectro de roles, puesto que se necesita conseguir materias primas, producir el medicamento o producto sanitario, almacenarlo, preparar su documentación, etiquetarlo (o re-etiquetarlo), transportarlo y ponerlo a disposición del consumidor final. Además, pueden incluso mediar figuras como las del agente o bróker[41]. La prevalencia de este delito, indica que, la detección de delitos farmacéuticos en el año 2019 comportó 379 arrestos por transporte de medicamentos o productos sanitarios ilegales, 367 por fabricación y 369 por distribución, localizando hasta 925 puntos de venta a nivel mundial[42].

La mayor preocupación en torno a la autoría de los delitos farmacéuticos es la participación del crimen organizado en esta actividad ilegal. De hecho, la Convención MEDICRIME recomienda que la participación de un grupo organizado suponga un agravante en la respuesta penal. En este sentido, la investigación ha mostrado que la Mafia Rusia, las Bandas Mexicanas, las Tríadas Chinas y los Cárteles Colombianos participan de este mercado criminal[43] porque supone una actividad atractiva[44]. No obstante, la participación de grupos organizados transnacionales va más allá de estos grupos ya preconstituidos, porque la propia dispersión de la cadena de subministro ya podría cumplir con los requisitos legales para considerar a estos participantes una «organización o grupo criminal».

El impacto de los delitos farmacéuticos provoca una victimización directa e indirecta. La victimización directa se produce sobre la persona que consume el medicamento o usa el producto sanitario objeto del delito. El uso de artículos falsificados, o bien fabricados

---

[37] CHIKA et al., *Research Journal of Medical Sciences*, 5, 5, 2011, pp. 257 ss.; KELESIDIS/FALGAS, *Clinical Microbiology Reviews,* 28, 2, 2015, pp. 443 ss.; UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Counterfeit goods: a bargain or a costly mistake?*, UNDOC, 2014.

[38] Se trata de medicamentos o complementos para mejorar el rendimiento o la imagen corporales, tales como potenciadores sexuales, esteroides, anabólicos, hormonas, medicamentos para bajar el peso o contra la caída de cabello.

[39] HALL/KOENRAADT/ANTONOPOULOS, *Tends Organized Crime,* 20, 2017, p. 296 ss.

[40] Existe una línea de investigación específica sobre delitos corporativos (*corporate* crimes) en la industria farmacéutica, esto es, de la actividad delictiva de las grandes empresas farmacéuticas, conocidas como *Big Pharma.* Véase BRAITHWAITE, *Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry*, Routledge, 1984 o GØTZSCHE, «Big pharma often commits corporate crime, and this must be stoppe», *BMJ Open, 345:e8462,* 2012.

[41] Adaptación de los componentes de las cadenas de suministro explicado por OFFICE FOR HARMONIZATION IN THE INTERNAL MARKET/EUROPOL, *2015 Situation report on counterfeiting in the European Union,* 2015.

[42] Datos extraídos de PSI. Disponibles en: https://www.psi-inc.org/arrest-data [Última consulta 29 de abril de 2022].

[43] MACKEY/LIANG, *Journal of Pharmaceutical Sciences,* 100, 11, 2011, pp. 4571 ss.

[44] Según JORDÁ SANZ/GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, «El tráfico ilícito de medicamentos. Un nuevo mercado ilegal para el crimen organizado», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 17-10, 2015, p. 2, este atractivo viene dado por varios factores, tales como la gran demanda de productos farmacéuticos a bajo coste, la facilidad en la venta de medicamentos sin receta o prescripción médica, estándares de calidad y control más bajos, legislaciones heterogéneas con grados de impunidad, el impacto de Internet y el transporte internacional de mercancías.

suministrados o comercializados sin la autorización de la autoridad competente o sin cumplir con los requisitos legales necesarios puede acarrear consecuencias[45] físicas[46] y psicológicas. El resultado más grave es la muerte, pero también pueden darse complicaciones severas[47]. Sin embargo, otras consecuencias son la resistencia al tratamiento correcto o la baja respuesta al mismo[48] y el desarrollo de nuevas cepas de virus, incluso cepas más resistentes[49]. Estas últimas pueden comportar un incremento de la mortalidad y la morbilidad de la enfermedad[50].

Los datos de victimización corroboran la idea del impacto global de los delitos farmacéuticos. En este sentido, la Organización Mundial de la Salud manifiesta que, entre los años 2013 y 2017, ha sido notificada 1.500 veces sobre casos de medicamentos o productos falsificados o de calidad subestándar, distribuyéndose las notificaciones, según el continente, de la siguiente forma: África Subsahariana (42%), las Américas (21%) y Europa (21%)[51]. Como se ve, y reiterando la idea de la desigualdad en el impacto del delito anteriormente planteada, el Sur Global es la zona más afectada. Además, dentro de esta zona, las poblaciones con situaciones más vulnerables presentan más riesgos de ser victimizadas[52]. Por ello, además de las consecuencias físicas y psicológicas, sufren una pérdida económica adicional por adquirir productos que no satisfacen sus necesidades médicas[53] generando un impacto socioeconómico de pérdida de movilidad social y de incremento de la pobreza[54]. Estas nefastas consecuencias desgastan la imagen de legitimidad y confianza de los ciudadanos en los sistemas sanitarios, en sus profesionales y en los medicamentos[55], reduce los incentivos para iniciar la investigación, desarrollar e innovar en la medicina[56] y perjudica la cadena de suministro y el mercado farmacéutico.

---

[45] Denominados «riesgos directos» por GONZÁLEZ URIEL, *Estudios de Deusto,* 65*,* 1, 2017, p. 156 y «daños directos» por TARDIF, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 27, 2011, p. 593.

[46] Una revisión de todos ellos en BUCKLEY/GOSTIN (eds.), *Committee on Understanding the Global Public Health Implications of Substandard, Falsified, and Counterfeit Medical Products*, 2013, pp. 55 ss.; CHIKA et al., *Research Journal of Medical Sciences*, 5, 5, 2011, pp. 257 ss.; JOHNSTON/HOLT, *British Journal of Clinical Pharmacology*, 78, 2, 2013, pp. 218 ss.; MACKEY/LIANG, *Journal of Pharmaceutical Sciences,* 100, 11, 2011, pp. 4571 ss.; YAR, *International Journal of Social Inquiry* 1, 1, 2008, pp. 151 ss.

[47] CHIKA et al., *Research Journal of Medical Sciences*, 5, 5, 2011, pp. 257 ss.; JOHNSTON/HOLT, *British Journal of Clinical Pharmacology*, 78, 2, 2013, pp. 218 ss.; KELESIDIS/FALGAS, *Clinical Microbiology Reviews,* 28, 2, 2015, pp. 443 ss.; MACKEY/LIANG, *Journal of Pharmaceutical Sciences,* 100, 11, 2011, pp. 4571 ss.; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Comunicados de prensa*, 28.11.2017.

[48] CHIKA et al., *Research Journal of Medical Sciences*, 5, 5, 2011, pp. 257 ss.; JOHNSTON/HOLT, *British Journal of Clinical Pharmacology*, 78, 2, 2013, pp. 218 ss.; KELESIDIS/FALGAS, *Clinical Microbiology Reviews,* 28, 2, 2015, pp. 443 ss.; MACKEY/LIANG, *Journal of Pharmaceutical Sciences,* 100, 11, 2011, pp. 4571 ss.

[49] UNITED NATIONS INTERREGIONAL CRIME AND JUSTICE RESEARCH INSTITUTE, *Counterfeiting: a global spread, a global threat,* 2009.

[50] WORLD HEALTH ORGANIZATION, *A study on the public health and socioeconomic impact of substandard and falsified medical products*. World Health Organization, 2017, p. 15.

[51] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Uno de cada diez productos médicos en circulación en los países en desarrollo es de calidad subestándar o está falsificado», *Comunicados de prensa*, Ginebra, 28.11.2017

[52] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Comunicados de prensa*, 28.11.2017.

[53] MACKEY/LIANG/YORK/KUBIC, *American Journal of Tropical Medicine and Hygiene,* 92, 6, 2015, p. 59 ss.; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Comunicados de prensa*, 28.11.2017.

[54] WORLD HEALTH ORGANIZATION, *A study on the public health and socioeconomic impact of substandard and falsified medical products*, 2017, p. 15.

[55] FETISHANS*, El Convenio MEDICRIME en 10 preguntas y respuestas. El Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública*, 2020; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Comunicados de prensa*, 31.01.2018.

[56] BLACKSTONE/FUHR/POCIASK, *American Health Drug Benefits*, 7, 4, 2014, pp. 216 ss.

Las consecuencias de los delitos farmacéuticos y su impacto socioeconómico han propiciado que la comunidad internacional haya diseñado estrategias para prevenir este tipo delictivo y mitigar los daños causados. Estas estrategias han ido dirigidas a consolidar un ordenamiento jurídico penal y administrativo internacional, el impulso de la farmacovigilancia, la creación de organismos especializados, la cooperación entre agencias y Estados, la formación de expertos y, por último, la protección de las víctimas.

La consolidación de un ordenamiento jurídico regional (en el marco del Consejo de Europa[57] y de la Unión Europea[58]) ha procurado fortalecer la legislación penal, con tal de eliminar uno de los factores explicativos del incremento de los delitos farmacéuticos y desincentivar la participación del crimen organizado. Para ello se ha impulsado la criminalización de ciertas conductas con el objetivo de homogeneizar la penalización de estos delitos. Sin embargo, no se puede obviar que la estrategia de criminalización viene acompañada de medidas dirigidas a promover la cooperación internacional para la prevención de los delitos, su descubrimiento, erradicación y sanción[59].

Paralelamente, las disposiciones legislativas administrativas se han dirigido a implementar medidas de *fármaco-vigilancia* para proteger la cadena de suministro y el mercado legal de productos lícitos[60], con acciones dirigidas al control de la calidad y seguridad de los productos. En esta línea se ha desarrollado tecnología para mejorar y facilitar la fármaco-vigilancia a través de sistemas de detección[61], el uso de la tecnología *blockchain*[62], el desarrollo de mecanismos de autentificación, la incorporación de sistemas de *track and trace*[63] y la

[57] A través del Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública, hecho en Moscú el 28 de octubre de 2011, conocido como *Convenio Medicrime*.

[58] Encontramos la Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, que modifica la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, en lo relativo a la prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal; las Directrices 2013/C 343/01 de 5 de noviembre de 2013 sobre prácticas correctas de distribución de medicamentos para uso humano; el Reglamento de Ejecución (UE) N.º 699/2014, de 24 de junio de 2014 sobre el diseño del logotipo común para identificar a las personas que ofrecen al público medicamentos por venta a distancia y los criterios técnicos, electrónicos y criptográficos a efectos de la verificación de la autenticidad de dicho logotipo; las Directrices 2015/C 95/01 de 19 de marzo de 2015 sobre prácticas correctas de distribución de principios activos para medicamentos de uso humano; el Reglamento Delegado (UE) 2016/161 de la Comisión, de 2 de octubre de 2015, que completa la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo estableciendo disposiciones detalladas relativas a los dispositivos de seguridad que figuran en el envase de los medicamentos de uso humano; el Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios, por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) 178/2002 y el Reglamento (CE) 1223/2009 y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo; y por último, el Reglamento (UE) 2017/746 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2017 sobre los productos sanitarios para diagnóstico *in vitro* y por el que se derogan la Directiva 98/79/CE y la Decisión 2010/227/UE de la Comisión.

[59] El ejemplo paradigmático de este tipo de cooperación es la Operación Pangea. Se trata de una operación anual coordinada por la Interpol en la que participan diferentes Estados y otras agencias internacionales.

[60] HALL/KOENRAADT/ANTONOPOULOS, *Tends Organized Crime,* 20, 2017, p. 296 ss.

[61] BUCKLEY/GOSTIN (eds.) *Committee on Understanding the Global Public Health Implications of Substandard, Falsified, and Counterfeit Medical Products*, 2013.

[62] SYLIM et al., «Blockchain Technology for Detecting Falsified and Substandard Drugs in Distribution: Pharmaceutical Supply Chain Intervention», *JMIR Research Protocols, 7*, 9, 2018, pp. 1 ss.

[63] MACKEY/LIANG, *Journal of Pharmaceutical Sciences,* 100, 11, 2011, pp. 4.571 ss.

introducción de elementos tales como códigos, hologramas, luces ultravioleta, protecciones químicas, encriptaciones o radiofrecuencia[64].

La compleción e implementación de estas medidas ha evidenciado la necesidad de crear organismos especializados en delitos farmacéuticos. A tal fin, se han establecido multitud de organismos, tales como la Agencia Europea del Medicamento, la Red de Autoridades en Medicamentos de Iberoamérica, el Grupo de Trabajo Internacional contra la Falsificación de Medicamentos, el Mecanismo de Estados miembros sobre Productos médicos de calidad subestándar, espurios, de etiquetado engañoso, falsificado o de imitación de la Organización Mundial de la Salud, la Dirección Europea de la Calidad del Medicamento y la Asistencia Sanitaria, entre otros. Estas agencias también promueven una cooperación no penal, entre partes interesadas de diversos sectores, tales como médicos, farmacéuticos y compañías farmacéuticas, pacientes y autoridades nacionales o internacionales[65]. Para que esta cooperación sea fructífera, se ha fomentado la formación de expertos[66] y autoridades para hacerles especialistas en delitos farmacéuticos, y así, mejorar las labores de supervisión y de vigilancia, con el fin de fortalecer las redes de protección del mercado.

Por último, la lucha ha incluido un bloque dirigido a la protección de las víctimas y a la promoción de sus derechos. Es por ello, que las funciones de fármaco-vigilancia atribuidas a los ciudadanos[67] se complementan con campañas de sensibilización, tales como *Turn Back Crime*[68], *FAKESHAE*[69], en sus diferentes fases, o *FAKECARE*[70].

2.2. El COVID-19: ¿Una nueva realidad?

El impacto del COVID-19 en términos de mortalidad es claro: hasta abril de 2022, se han reportado 6.227.291 muertes a la Organización Mundial de la Salud alrededor del mundo y se han confirmado 508.827.830 contagios[71]. Adicionalmente, la pandemia también ha impactado en la salud mental de la ciudadanía, impacto derivado de las restricciones de movilidad, el aislamiento social y el cumplimiento de cuarentenas, así como el miedo y la ansiedad hacia la

---

[64] YAR, International Journal of Social Inquiry 1, 1, 2008, pp. 151 ss.

[65] KELESIDIS/FALGAS, *Clinical Microbiology Reviews,* 28, 2, 2015, pp. 443 ss.

[66] Hasta 2017 la Organización Mundial de la Salud había formado a 550 especialistas en reglamentación de 141 países para detectar productos falsificados o subestándar (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Comunicados de prensa*, 28.11.2017). Por su parte, el Consejo de Europa, en cooperación con el Programa europeo para la educación en derechos humanos para profesionales del derecho, impulsó el programa HELP, curso formativo en línea para para instruir a los profesionales del derecho para la aplicación del Convenio MEDICRIME.

[67] A través de esta perspectiva, se pretende delegar cierta labor de fármaco-vigilancia a los ciudadanos, como por ejemplo, la identificación del logo europeo de las farmacias online ilícitas, o el marcado CE en medicamentos y productos sanitarios.

[68] Campaña de sensibilización iniciada en 2014 dirigida por la Interpol. Su objetivo era concienciar sobre la delincuencia y el crimen organizado transnacional dirigido a los delitos farmacéuticos. Esta estrategia se basó en la premisa de que los usuarios son el último elemento de la cadena de prevención. Por ello quiere incentivar la notificación a las agencias y organismos cuando sean victimizados.

[69] Co-financiado por el programa de Prevención y lucha contra el crimen de la Unión Europea. Se puede encontrar información del programa en: http://www.fakeshare.eu/es

[70] Para una presentación del proyecto y sus resultados véase DI NICOLA/MARTINI/BARATTO, *FAKECARE: developing expertise against the online trade of fake medicines by producing and disseminating knowledge, counterstrategies and tools across the EU*, 2015.

[71] Datos extraídos de: https://covid19.who.int/ a fecha de 27 de abril de 2022 [Última consulta 28 de abril de 2022].

propia enfermedad[72]. Más allá del impacto en la salud de la población, la crisis del COVID-19 ha desafiado a las economías nacionales y a los sistemas de salud y desarrollo científico y tecnológico, agrandando las diferencias socioeconómicas entre países[73].

El sector sanitario y farmacéutico ha sido uno de los más estresados y debilitados durante la pandemia[74]. Esta fragilidad ha hecho que el delito farmacéutico se haya percibido como una opción, aún más atractiva, para los delincuentes. De hecho, las crisis sanitarias son aprovechadas por la criminalidad para sacar rédito económico de la situación, como ya ocurrió en el año 1995 con la crisis sanitaria de la meningitis en Nigeria, donde se detectaron casos de falsificación de vacunas y medicinas[75].

Que las crisis sanitarias sean explotadas por la delincuencia farmacéutica se explica porque son delitos con ánimo de lucro económico (*profit derived crimes*). Siguiendo el trabajo de NAYLOR[76], y de forma muy esquemática, las características de los delitos farmacéuticos son las propias de los delitos de mercado y de los delitos comerciales, cuya diferencia principal es si se trata de productos legales o ilegales (en este caso productos de calidad subestándar, espurios, etiquetados fraudulentamente, falsificados o traficados) y si el canal de distribución es el comercio legal o bien el ilegal.

Lo relevante en este caso, es que para entender la expansión de los delitos farmacéuticos se recurre a la tradición de aproximaciones situacionales del crimen, pero centrando la atención de la explicación causal en la lógica económica del delito. Por lo tanto, la expansión de los delitos farmacéuticos en épocas de crisis sanitarias responde a la alta demanda, al alto margen de beneficio que produce y la rápida obtención de este, el debilitamiento legal y sanitario que sufre el propio sistema. Con ello se multiplican las oportunidades delictivas, el debilitamiento del mercado y la exposición de la cadena de suministro, o bien la necesidad de la demanda de acudir a mercados ilegales paralelos a la cadena legal para conseguir el medicamento o producto sanitario deseado. En estas últimas décadas se suma además el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación como medio de suministro del propio mercado.

Aplicando esta teoría a la crisis del COVID-19, se puede afirmar que, el impacto que el COVID-19 ha tenido sobre los factores que motivan la comisión del delito, especialmente la realidad sanitaria y las nuevas necesidades médicas y el empobrecimiento de la población, ha generado

---

[72] USHER/DURKIN/BHULLAR, «The COVID-19 pandemic and mental health impacts», *International Journal of Mental Health Nursing*, 29, 2020, pp. 315 ss.

[73] DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS OF THE UNITED NATIONS, *Responding to COVID-19 and recovering better. A compilation by UN DESA in support of the UN Secretary-General's initiatives in response to COVID-19.* Policy Brief Series, Spring/summer, 2020; DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS OF THE UNITED NATIONS, *Recovering from COVID-19: the importance of investing in global public goods for health,* Policy Brief, 83, 2020; DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS OF THE UNITED NATIONS, *Achieving SDGs in the wake of COVID-19: Scenarios for policymakers,* Policy Brief #84, 2020; DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS OF THE UNITED NATIONS, *Achieving the SDGs through the COVID-19 response and recovery,* Policy Brief #78, 2020; DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS OF THE UNITED NATIONS, *The long-term impact of COVID-19 on poverty,* Policy Brief #86, 2020.

[74] PEREVALOVA/RUIZ CABELLO, *The impact of the covid-19 crisis on transnational organized crime*, 2022.

[75] UNITED NATIONS INTERREGIONAL CRIME AND JUSTICE RESEARCH INSTITUTE, *Counterfeiting: a global spread, a global threat*, 2009.

[76] NAYLOR, *A typology of profit-driven crimes,* Research and Statistics Division of the Department of Justice of Canada, 2002 y «Towards a General Theory of Profit-Driven Crimes», *The British Journal of Criminology,* 43, 1, 2003, pp. 81 ss.

un aumento significativo de los delitos farmacéuticos[77]. De hecho se afirma que tras la pandemia los delitos farmacéuticos superan en número y cantidad al tráfico de drogas[78].

Ahora bien, no únicamente ha aumentado la incidencia de los delitos, sino que también se ha modificado el objeto de estos. En la actualidad, muchos de los medicamentos o productos sanitarios afectados por el delito están relacionados con la detección del SARS-COV-2 y la prevención y cura del COVID-19. Muestra de ello son las incautaciones resultadas de las operaciones Pangea XIII y VIX. En la operación Pangea XIII, realizada en marzo del 2020, se incautan falsos antivirales, mascarillas, desinfectantes, kits de detección de COVID-19, guantes, ventiladores, geles, jabones y toallitas[79], elementos nada habituales en este tipo de operación. Y en la XIV, de 2021, se incautan 23 millones de dólares en medicamentos y productos sanitarios relacionados con el COVID-19, como test de detección, mascarillas, antibióticos y analgésicos[80]. También la actividad de la Organización Mundial de la Salud ha percibido este cambio en el objeto de estudio: por ejemplo, la alerta nº2/2022 de este organismo advierte de la identificación de partidas falsificadas de DESREM Remdesivir inyectables en vial de 100/mg en Guatemala y en la India[81]. Complementariamente, los datos sobre distribución facilitados por la EUROPOL[82] apuntan en esta misma dirección: se ha detectado la distribución en línea y fuera de línea de productos falsificados o de calidad subestándar tales como equipos de protección individual, mascarillas, guantes, productos de limpieza, geles de base de alcohol, jabones desinfectantes, test de detección de COVID-19 e incluso vacunas. Parece que estos productos llegan a Europa de países de Asia, como Bangladesh, China, Malasia, Singapur y Turquía[83].

La actividad delictiva se ha expandido hasta nuevas formas que cuestionan si la definición de delito farmacéutico se debiera ensanchar. Por ejemplo, se han cometido ciberataques a través de dominios maliciosos y se ha atacado con *malware* (programa hostil o intrusivo) y *ransomware* (secuestro de datos) a la estructura sanitaria[84]. Pero también se ha observado la falsificación de certificados de vacunación del COVID-19[85] y resultados de pruebas de antígenos.

---

[77] En este sentido: EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE/ EUROPOL, *Intellectual Property Crime Threat Assessment 2022*, European Union Intellectual Property Office, 2022; EUROPOL, *How COVID-19-related crime infected Europe during 2020,* EUROPOL, 2020b; EUROPOL, *Viral marketing. Counterfeits, substandard goods and intellectual property crime in the COVID-19 pandemic*. EUROPOL, 2020c. Sin embargo, los datos del *Pharmaceutical Security Institute* muestran una reducción del 14,5% de los delitos farmacéuticos a nivel mundial del año 2019 al 2020. Datos disponibles en: https://www.psi-inc.org/incident-trends [Última consulta el 29 de abril de 2022].

[78] FETISHANS, *El Convenio MEDICRIME en 10 preguntas y respuestas. El Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública*, 2020.

[79] INTERPOL, *La amenaza mundial de los medicamentos falsos en tiempo de la Covid 19,* INTERPOL, Lyon, 2020e.

[80] INTERPOL, *Pharmaceutical crime operation¸* INTERPOL, 2022.

[81] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Alerta sobre productos médicos Nº2/2022: DESREM (Remdesivir) falsificado. DESREM (Remdesivir) falsificado detectado en las Regiones de las Américas y de Asia Sudoriental de la OMIS», *Comunicados de prensa*, 09.03.2022.

[82] EUROPOL, *How COVID-19-related crime infected Europe during 2020,* 2020b; EUROPOL, *Viral marketing. Counterfeits, substandard goods and intellectual property crime in the COVID-19 pandemic,* 2020c.

[83] EUROPOL, *How COVID-19-related crime infected Europe during 2020,* 2020b, p. 15.

[84] EUROPOL, *Pandemic profiteering. How criminals exploit the COVID-19 crisis*, EUROPOL, 2020a; INTERPOL, *Preventing crime and protecting police: Interpol's COVID-19 global threat assessment*, 2020.

[85] PEREVALOVA/RUIZ CABELLO, *The impact of the covid-19 crisis on transnational organized crime*, 2022.

Claramente, la definición ofrecida de delito farmacéutico no incluye ninguna de estas actividades pero tanto la intencionalidad del autor como las consecuencias de esta son parejas a las del delito farmacéutico. Por lo tanto, si hablamos del delito farmacéutico como un concepto criminológico, se podrían añadir estos comportamientos. Sin embargo, si simplemente nos ceñimos a una descripción de actividades tipificadas en el Convenio Medicrime (como herramienta criminalizadora de los delitos farmacéuticos), estas actividades no podrían tener tal consideración.

En relación con el modus operandi del delito farmacéutico, la esencia del mismo no ha sido alterada por el COVID-19, pero sí que se han adaptado algunos extremos para asegurar la cobertura de la demanda del mercado y la explotación de las vulnerabilidades del sector farmacéutico[86]. Es por ello que el mayor cambio es el desplazamiento de la actividad hacia el ciberespacio. En esta línea, se apunta que durante esta época de COVID-19 la comisión de delitos farmacéuticos en el ciberespacio ha llegado a su pico máximo[87]. Este cambio es explicado por las medidas de distanciamiento y restricción social, el cierre de fronteras y limitaciones de movilidad y el incremento de la digitalización de las esferas de la vida social. En consecuencia, bajo estas circunstancias, el ciberespacio se presenta como un entorno atractivo para desarrollar este tipo de delitos, ya que tiene potencial para acceder a un gran mercado y no requiere grandes habilidades técnicas[88].

En referencia a la autoría del delito, se ha evidenciado el aumento de la participación del crimen organizado, nacional y transnacional en los delitos farmacéuticos[89]. Es conocido que las organizaciones criminales son conocedores de las demandas de los consumidores, y por ello dirigen su actividad a cubrirlas[90]. Este hecho, sumado a que la pandemia también supuso un freno a la actividad normal del crimen organizado, por las restricciones y limitaciones sociales y de movilidad[91], ha derivado en la innovación de la actividad delictiva de estos grupos[92].

En este escenario, ha habido circunstancias que han facilitado este cambio de objeto, como el surgimiento de nuevas oportunidades delictivas, la extraordinaria demanda de suministros médicos, la falta o escasez de estos bienes en el mercado legal, la desinformación ciudadana y el miedo de la población[93]. La participación del crimen organizado se ha observado en las

---

[86] PEREVALOVA/RUIZ CABELLO, *The impact of the covid-19 crisis on transnational organized crime*, 2022.

[87] EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE/ EUROPOL, *Intellectual Property Crime Threat Assessment 2022,* 2022; EUROPOL, *Catching the virus. Cibercrime, disinformation and the COVID-19 pandemic,* EUROPOL, 2020d; INTERPOL, *La amenaza mundial de los medicamentos falsos en tiempo de la Covid 19,* 2020e; PEREVALOVA/RUIZ CABELLO, *The impact of the covid-19 crisis on transnational organized crime*, 2022.

[88] PEREVALOVA/RUIZ CABELLO, *The impact of the covid-19 crisis on transnational organized crime*, 2022.

[89] EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: on the EU Strategy to tackle Organised Crime 2021-2025*. European Commission, 2021; UNITED NATIONS, *The sustainable development goals report*. United Nations, 2020a; UNITED NATIONS, *United Nations comprehensive response to COVID-19*, United Nations, 2020b; PEREVALOVA/RUIZ CABELLO, *The impact of the covid-19 crisis on transnational organized crime*, 2022.

[90] OFFICE FOR HARMONIZATION IN THE INTERNAL MARKET/EUROPOL, *2015 Situation report on counterfeiting in the European Union,* 2015.

[91] GLOBAL INITIATIVE AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, *Crime and contagion: The impact of a pandemic on organized crime,* GIATOC, 2020.

[92] UNITED NATION OFFICES ON DRUG AND CRIME, *The impact of COVID-19 on organized crime*, UNDOC, 2021b.

[93] GLOBAL INITIATIVE AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, *Crime and contagion: The impact of a pandemic on organized crime*, 2020; EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament,*

diferentes etapas de la cadena de subministro[94]. Algunas de las actividades que se han observado han sido el tráfico de sustancias y productos médicos, la falsificación de productos médicos y la producción de equipos de protección individual, mascarillas, productos de limpieza, guantes y vacunas de forma subestándar o sin cumplir con los requerimientos legales[95]. También han estafado suministros[96], se ha comerciado ilícitamente medicamentos y productos sanitarios y de higiene[97], se ha transportado ilegalmente medicación y vacunas[98], e incluso se ha corrompido autoridades y funcionarios públicos para interferir en el mercado[99].

Por último, los delitos farmacéuticos realizados en el contexto del COVID-19 victimizan a ciudadanos individuales, empresas o negocios privados, a instituciones públicas (como autoridades sanitarias u hospitales) y a toda la sociedad[100]. En este contexto, las otras implicaciones victimológicas explicadas *supra* siguen presentes, e incluso se ven agravadas por la propia crisis sanitaria, ya que la distorsión en las reglas del mercado farmacéutico[101] perjudica a las compañías farmacéuticas, y por ende, reducen los fondos para la investigación y la innovación en el ámbito el COVID-19[102], perjudican al presupuesto público nacional en salud, comprometen la respuesta efectiva contra la pandemia[103], resienten el bienestar social[104], y ponen en riesgo las acciones de recuperación económica[105] facilitando la infiltración criminal en la economía pública[106].

---

the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: on the EU Strategy to tackle Organised Crime 2021-2025, 2021; INTERPOL, *Preventing crime and protecting police: Interpol's COVID-19 global threat assessment*, 2020; PEREVALOVA/RUIZ CABELLO, *The impact of the covid-19 crisis on transnational organized crime*, 2022.

[94] GLOBAL INITIATIVE AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, *Crime and contagion: The impact of a pandemic on organized crime*, 2020.

[95] EUROPOL, *Pandemic profiteering. How criminals exploit the COVID-19 crisis*, 2020a; GLOBAL INITIATIVE AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, *Crime and contagion: The impact of a pandemic on organized crime*, 2020; EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: on the EU Strategy to tackle Organised Crime 2021-2025*, 2021; INTERPOL, *Preventing crime and protecting police: Interpol's COVID-19 global threat assessment*, 2020; UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *COVID-19-related trafficking of medical products as a threat to public health*, UNDOC Research, Vienna, UNDOC, 2021a; UNITED NATION OFFICES ON DRUG AND CRIME, *The impact of COVID-19 on organized crime*, 2021b.

[96] EUROPOL, *Pandemic profiteering. How criminals exploit the COVID-19 crisis*, 2020a.

[97] INTERPOL, «INTERPOL warns of organized crime threat to COVID-19 vaccines», 02.12.2020c.

[98] PEREVALOVA/RUIZ CABELLO, *The impact of the covid-19 crisis on transnational organized crime*, 2022.

[99] PEREVALOVA/RUIZ CABELLO, *The impact of the covid-19 crisis on transnational organized crime*, 2022.

[100] GLOBAL INITIATIVE AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, *Crime and contagion: The impact of a pandemic on organized crime*, 2020; INTERPOL, *Preventing crime and protecting police: Interpol's COVID-19 global threat assessment*, 2020.

[101] EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: on the EU Strategy to tackle Organised Crime 2021-2025*, 2021.

[102] EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: on the EU Strategy to tackle Organised Crime 2021-2025*, 2021; EUROPOL, *European Union serious and organised crime threat assessment. A corrupting influence: the infiltration and undermining of Europe's economy and society by organised crime*, 2021.

[103] GLOBAL INITIATIVE AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, *Crime and contagion: The impact of a pandemic on organized crime*, 2020; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Comunicados de prensa*, 09.03.2022.

[104] INTERPOL, «INTERPOL warns of organized crime threat to COVID-19 vaccines», 02.12.2020c.

[105] EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: on the EU Strategy to tackle Organised*

El problema que presenta la lucha contra los delitos farmacéuticos en el contexto de la crisis del COVID-19 es que las aproximaciones tradicionales son insuficientes e inefectivas en esta nueva realidad. En primer lugar, las actividades de farmacovigilancia y de rastreo de la cadena de suministro son más difíciles de llevar a cabo[107] ya que la cadena ahora es más larga pero a la vez, menos transparente. Además, la urgencia por poner los bienes a disposición de los ciudadanos apremia y presiona en las labores de vigilancia. Adicionalmente, se ha incrementado la dificultad para reconocer la victimización, ya que la población no estaba acostumbrada a los medicamentos y productos sanitarios que se han usado en este contexto[108].

Pero, además, los cambios sociales, económicos, culturales y sanitarios facilitan la imprevisibilidad de la actuación delictiva, la innovación y la adaptación de la actividad criminal y la variabilidad de los objetivos y modus operandi. Estas limitaciones no han impedido que agencias internacionales, tales como la Europol, la Interpol, la UNDOC o la UNICRI, respondan a múltiples amenazas provocadas por los delitos farmacéuticos durante el COVID-19. A tal fin, la Europol, junto con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude y la colaboración de cuerpos y fuerzas de seguridad nacionales, ha detenido a delincuentes y ha incautado productos médicos objeto del delito[109]. Esta misma agencia también ha intercambiado información y ha proporcionado apoyo analítico a los Estados[110]. Por su parte, la Interpol ha realizado operaciones dirigidas, específicamente, a la detección de delitos farmacéuticos, como la *Operation Vigilant Interdiction*, estrategia global, o la *Operación Flash*, estrategia regional desarrollada en África[111].

3. El delito farmacéutico en España

Tras la panorámica del delito farmacéutico a nivel internacional es pertinente tratar la situación en España. Así pues, en este tercer apartado se va a procurar replicar la descripción internacional en este contexto. En primer lugar, se va a tratar la situación antes del COVID-19, y seguidamente se va a tratar de describir la situación del delito farmacéutico en España durante la pandemia. Para ello se realiza un análisis bibliográfico y se complementa con un

---

Crime 2021-2025, 2021; UNITED NATION OFFICES ON DRUG AND CRIME, *The impact of COVID-19 on organized crime*, 2021b.

[106] La infiltración en la economía legal supone la participación de delincuentes en un proceso de toma de decisión en una empresa legítima o un mercado. Esto se puede conseguir controlando la deuda de empresas, intercambiando dinero o participando en operaciones financieras, recibiendo ayuda financiera gubernamental a través de empresas lícitas, o a través del blanqueo de capitales, véase PEREVALOVA/RUIZ CABELLO, *The impact of the covid-19 crisis on transnational organized crime*, 2022; UNITED NATIONS INTERREGIONAL CRIME AND JUSTICE RESEARCH INSTITUTE, «*How Organized Crime is Expanding during the Covid-19 Crisis*», UNICRI, Turin, 2020; UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *COVID-19-related trafficking of medical products as a threat to public health*. UNDOC Research, 2021a.

[107] UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *COVID-19-related trafficking of medical products as a threat to public health*, 2021a; UNITED NATION OFFICES ON DRUG AND CRIME, *The impact of COVID-19 on organized crime*, 2021b.

[108] UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *COVID-19-related trafficking of medical products as a threat to public health*, 2021a.

[109] EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: on the EU Strategy to tackle Organised Crime 2021-2025*, 2021.

[110] EUROPOL, *Pandemic profiteering. How criminals exploit the COVID-19 crisis*, 2020a.

[111] INTERPOL, *Pharmaceutical crime operations¸* 2022.

análisis de las incidencias detectadas por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS) y las noticias de prensa especializada en el campo de la farmacología.

3.1. La situación antes del COVID-19

Los datos y la información disponible muestran que la presencia de delitos farmacéuticos en España es anecdótica, en comparación con otros países. De hecho, se estima que no hay presencia de medicamentos falsificados en el mercado legal de distribución, dispensación y venta[112], pero sí que se ha detectado la existencia de un mercado ilegal de medicamentos y productos farmacéuticos. Los datos de la Interpol y de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen lo cuantificaron en 1.500 millones de euros en el año 2012, representando un 14,3% del total del mercado ilegal europeo[113]. De acuerdo con GIMÉNEZ-SALINAS/JORDÁ[114], la demanda española de medicamentos ilegales es de sustancias para mejorar el rendimiento sexual, la mejora de la actividad física y del deporte, y el tratamiento de la diabetes, la hepatitis, el cáncer, la artritis y el asma.

España es, principalmente, un país de tránsito para productos farmacéuticos ilícitos. Por lo tanto, España es un punto en la ruta hacía un país receptor, considerado por los criminales como un mercado más lucrativo[115]. Si bien, España resulta un país de producción atractivo por su posición geográfica, el bajo riesgo percibido de detección, las bajas sanciones penales vigentes, y el beneficio económico que reporta[116]. La producción existente en España se produce en apartamentos, casas o garajes, con un equipamiento obsoleto e insalubre[117], y los medicamentos o productos elaborados se suelen dirigir a actividades de comercio paralelo[118].

Siguiendo a GIMÉNEZ-SALINAS/JORDÁ[119], la oferta y el subministro de bienes en el mercado ilícito español se compone de tres fases. En la primera fase se adquieren los productos de China, Tailandia, India y Pakistán, o a través de farmacias usando prescripciones falsas, realizando el pago por plataformas de transferencia online. La segunda fase es la de almacenaje. Esta implica guardar el producto en casas, tiendas de deporte o coches. Los medicamentos y productos suelen estar almacenados en malas condiciones, sin respetar los requerimientos legales. Por último, en la tercera fase se distribuye el objeto del delito a través de proveedores que entregan

---

[112] AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS, *Estrategia frente a medicamentos falsificados 2012-2015*, AEMPS, Madrid, 2012; *Estrategia frente a medicamentos falsificados 2016-2019*, AEMPS, 2016; REGGI, *Butlletí Groc, Fundación Instituto Catalán de Farmacología*, 27, 4, 2014, pp. 13 ss.; «Arranca en la Unión Europea el sistema de dispositivos de seguridad para prevenir la entrada de medicamentos falsificados en el canal legal, AEMPS, 08.02.2019.

[113] GONZÁLEZ URIEL, *Estudios de Deusto,* 65, 1, 2017, pp. 151 ss.

[114] En el anexo A de DI NICOLA/MARTINI/BARATTO, *FAKECARE: developing expertise against the online trade of fake medicines by producing and disseminating knowledge, counterstrategies and tools across the EU*, 2015, pp. 85 ss.

[115] ELLIS, *On Tap Europe. Organised crime and illicit trade in Spain: Country report*, 2017, p. 2; HALL/KOENRAADT/ANTONOPOULOS, *Tends Organized Crime*, 20, 2017, p. 296 ss.

[116] ELLIS, *On Tap Europe. Organised crime and illicit trade in Spain: Country report*, 2017, p. 26.

[117] ELLIS, *On Tap Europe. Organised crime and illicit trade in Spain: Country report*, 2017, p. 26.

[118] Este tipo de transacciones sería el modo en el que los delitos farmacológicos podrían suponer una infiltración en el mercado legal. Sin embargo, como son destinados al comercio internacional, esta actividad no supondría un riesgo para la población española, puesto que no sería el consumidor final, sobre este extremo véase ELLIS, *On Tap Europe. Organised crime and illicit trade in Spain: Country report*, 2017, p.16.

[119] En el anexo A de DI NICOLA/MARTINI/BARATTO, *FAKECARE: developing expertise against the online trade of fake medicines by producing and disseminating knowledge, counterstrategies and tools across the EU*, 2015, pp. 85 ss.

el producto por empresas de mensajería o por canales especializados – en función del objeto del delito – como gimnasios. En el mismo sentido, ELLIS[120] apunta que, en España, la distribución se produce, principalmente en gimnasios o por internet.

Sobre el perfil del criminal presente en España, se ha apuntado hacia la participación del crimen organizado en este nicho delictivo, pese a que los datos sobre este extremo son escasos[121]. Los resultados de JORDÁ SANZ/GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS[122] muestran que las organizaciones criminales participantes en el mercado ilícito farmacéutico son de gran tamaño, pero sus integrantes no tienen tareas permanentes ni definidas, salvo aquellos miembros nucleares cuya profesión o posición es clave para desarrollar la actividad criminal. La estructura de las organizaciones es flexible, aunque funcionan como «pequeñas empresas». Para desarrollar sus actividades, las organizaciones criminales usan empresas y estructuras legales (el 91%) y sus ingresos provienen del tráfico ilegal de medicamentos (72%), la falsificación de medicamentos (13%), el dopaje (9%) y, finalmente, otros tipos de delitos contra la salud pública (4%).

La lucha nacional contra el delito farmacéutico tiene una historia larga, iniciada con el desarrollo de una legislación farmacológica administrativa y penal. La normativa más importante se produce a inicios del siglo diecinueve[123], aunque fuera una legislación dispersa y cambiante[124]. De acuerdo con CÁMARA ARROYO[125], las metas de la legislación administrativa fueron la fiscalización de los productos, la garantía de calidad de estos, y el establecimiento de un código deontológico. Mientras que la regulación penal tutelaba la salud pública. En la actualidad, la legislación administrativa vigente[126] se compone de una serie de Leyes y Reales Decretos que incorporan al ordenamiento jurídico español las directivas internacionales, pero manteniendo los objetivos que guiaban las regulaciones primigenias. Por otro lado, la legislación penal incorporó en el año 2015 las novedades impulsadas por el Convenio MEDICRIME[127]. Además, esta campaña penal para prevenir, detectar y castigar el delito farmacéutico involucra a diferentes organismos[128].

España ha mantenido un alto compromiso internacional en la lucha contra los delitos farmacéuticos. Como muestra, fue el primer país europeo en firmar el Convenio MEDICRIME.

---

[120] ELLIS, *On Tap Europe. Organised crime and illicit trade in Spain: Country report*, 2017, p. 27.

[121] ELLIS, *On Tap Europe. Organised crime and illicit trade in Spain: Country report*, 2017, p. ix.

[122] JORDÁ SANZ/GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 17-10, 2015, p. 1 ss.

[123] CÁMARA ARROYO, *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* LXXIII, 2020, p. 311.

[124] La dispersión y el cambio eran debido al propio dinamismo del sector farmacológico. La armonización se debió a la producción legislativa internacional y a la creación de organismos especializados nacionales e internacionales, véase CÁMARA ARROYO, *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* LXXIII, 2020, p. 321.

[125] CÁMARA ARROYO, *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* LXXIII, 2020, p. 318.

[126] Una revisión de la misma en AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS, *Estrategia frente a medicamentos falsificados 2016-2019*, 2016, pp. 8 ss.

[127] Comentarios por GONZÁLEZ URIEL, *Estudios de Deusto, 65,* 1, 2017, p.154. y una revisión legislativa previa a esta modificación en CÁMARA ARROYO, *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* LXXIII, 2020, p. 311.

[128] Por ejemplo, a nivel estatal encontramos el Ministerio de Sanidad, las Consejerías de Sanidad, la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, la Federación de Distribuidores Farmacéuticos, la Agencia Tributaria, la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, los Colegios Oficiales (como el farmacéuticos o médicos), la Guardia Civil y la Policía Nacional, y otras organizaciones profesionales, de consumidores y empresariales. Adicionalmente, a nivel autonómico también existen organismos y entidades con la misma misión.

Además, es miembro de organizaciones para la cooperación internacional en este ámbito, tales como el Mecanismo de los Estados miembros para productos médicos de calidad subestándar y falsificados, de la Organización Mundial de la Salud, o la participación en la Red de Autoridades en Medicamentos de Iberoamérica, o la participación en la Red de Autoridades en Medicamentos de Iberoamérica.

Si se trata la cuestión de la lucha contra el delito farmacéutico en España no puede obviarse la labor de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS). Esta agencia es la que ha liderado las estrategias de prevención y detección de este tipo delictivo. El punto de partida se sitúa en el año 2008, cuando publicó la primera estrategia frente a medicamentos falsificados, intentándose anticipar al aumento del mercado internacional de medicamentos y productos sanitarios falsificados y una eventual victimización[129]. Esta estrategia se planteó para un período de cuatro años, pero se ha ido renovando hasta el día de hoy, puesto que se entiende como un instrumento eficaz para emprender y coordinar acciones[130].

Sintetizando los objetivos de estas estrategias cuatrienales se ha impulsado la cooperación entre diversos sectores (sanitarios, no sanitarios, públicos o privados), el intercambio de información entre las partes interesadas, la formación de los agentes[131], el refuerzo y consolidación de medidas de control para la entrada, salida, distribución y dispensación de medicamentos y productos sanitarios, la implementación de sistemas de vigilancia e investigación precoz (creación de un programa sólido de fármaco-vigilancia) y de retirada rápida de productos falsificados, el foco en la venta ilegal por internet y el lanzamiento de campañas de concienciación ciudadana, el desarrollo de aplicaciones.

Los resultados palpables de estas estrategias han sido la instauración, en el año 2016, del Sistema Español de Verificación de Medicamentos y se creó el Centro de Información online de Medicamentos, que informa de los últimos medicamentos autorizados, actualiza la información sobre productos, informa de posibles problemas de suministro y recoge notas de seguridad. También se ha desarrollado la aplicación de «Medicamentos en Situaciones Especiales» para facilitar el pedido de medicamentos en mercados legales extranjeros en caso de desabastecimiento y se ha participado en campañas de consciencia ciudadana, tales como el proyecto europeo FAKESHARE, o la creación de un portal para la notificación electrónica de incidentes con productos sanitarios al Sistema de Vigilancia de Productos Sanitarios (denominado *NotificaPS*) dirigido a profesionales y a pacientes.

3.2. El COVID-19: ¿Una nueva realidad?

Como no podía ser de otra forma, la pandemia ha causado una crisis sanitaria, social y económica en España[132]. En abril de 2022, España lleva registrados 11,38 millones de casos de

---

[129] AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS, *Estrategia frente a medicamentos falsificados 2008-2011*, 2009, p. 8.

[130] AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS, *Estrategia frente a medicamentos falsificados 2016-2019*, 2016, p. 8

[131] AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS, *Estrategia frente a medicamentos falsificados 2016-2019*, 2016, p. 10.

[132] CONSEJO DE MINISTROS, *Plan para la transición hacia una nueva normalidad*, 28 de abril de 2020, Aprobado por el Consejo de Ministros, La exposición de motivos del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-, complementado con los

COVID-19[133] y 104,23 mil fallecidos[134]. En este tiempo, se han sufrido cinco olas y se han contabilizado nueve variantes de coronavirus (Alfa, Beta, Delta, Epsilon, Eta, Mu, Ómicron, Lambda, XD, entre otras[135]).

La crisis sanitaria fue un agente de presión para hospitales, unidades de cuidados intensivos y el personal sanitario. Es por ello que España ha implementado medidas para detener la propagación del virus. Se ha procurado ampliar los recursos del sistema sanitario, fortalecer el sistema de vigilancia epidemiológica, abastecer de medidas de prevención y protección (por ejemplo, hasta el momento se han proporcionado 94,3 millones de vacunas[136] - de hecho, el 85,2% de la población cuenta con la pauta completa[137], o la adquisición de 872 millones de unidades de material sanitario específico para el COVID-19, entre el que destaca la compra de 700 millones de mascarillas, valoradas en 911 millones de euros[138]).

Para responder a las potenciales amenazas sanitarias causadas por la pandemia, a nivel internacional España se ha sumado al trabajo del Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades, y a nivel estatal se ha impulsado el Sistema de Vigilancia de Infección Respiratoria Aguda, y la colaboración de las comunidades autónomas. Así mismo, también se ha procurado proteger a la ciudadanía a través de la aplicación *RadarCovid.*

La consecuencia criminológica de la nueva realidad moldeada por pandemia y la respuesta estatal a la misma ha sido el surgimiento de nuevas oportunidades criminales en beneficio de la delincuencia farmacéutica. Se pueden destacar la necesidad de nuevos medicamentos y productos sanitarios, algunos de ellos inexistentes previamente en el mercado. Esta demanda se ha traducido en un gasto autonómico de 2.563 de euros en 2020 y 1.041 millones de euros en 2021[139] y también nuevos objetos falsificables, como certificados negativos de test de detección del COVID-19 o bien la obtención del certificado de vacunación o el pasaporte COVID[140].

---

datos del Instituto Nacional de Estadística (https://www.ine.es/covid/covid_economia.htm [Último acceso el 29 de abril de 2022]).

[133] Datos recogidos de Our World in Data: https://ourworldindata.org/explorers/coronavirus-data-explorer?facet=none&pickerSort=desc&pickerMetric=total_cases&Metric=Confirmed+deaths&Interval=7-day+rolling+average&Relative+to+Population=true&Color+by+test+positivity=false&country=~ESP [Última consulta el 29 de abril de 2022].

[134] Datos recogidos de Our World in Data: https://ourworldindata.org/explorers/coronavirus-data-explorer?facet=none&pickerSort=desc&pickerMetric=total_deaths&Metric=Confirmed+deaths&Interval=7-day+rolling+average&Relative+to+Population=true&Color+by+test+positivity=false&country=~ESP [Última consulta el 29 de abril de 2022].

[135] Fuente: *European Centre for Disease Prevention and Control*.

[136] Datos recogidos de Our World in Data: https://ourworldindata.org/explorers/coronavirus-data-explorer?facet=none&pickerSort=desc&pickerMetric=total_vaccinations&Metric=Confirmed+deaths&Interval=7-day+rolling+average&Relative+to+Population=true&Color+by+test+positivity=false&country=~ESP [Última consulta el 29 de abril de 2022]

[137] Datos extraídos de https://www.rtve.es/noticias/20220426/mapa-del-coronavirus-espana/2004681.shtml [Última consulta 29 de abril de 2022].

[138] CONSEJO DE MINISTROS, *Plan para la transición hacia una nueva normalidad*, 28 de abril de 2020, Aprobado por el Consejo de Ministros.

[139] ARGANDA, CARLOS, «La covid ha supuesto 3.600 millones de gasto en producto sanitarios», *DiarioFarma*, 04.04.2022.

[140] Estas demandas han llevado a que organizaciones criminales vendan certificados falsos, tanto de la pauta de vacunación completa como de resultados de PCR o test de antígenos negativos, en LÓPEZ-FONSECA, «Detenidos dos presuntos cabecillas de la red que vendió falsos certificados de vacunación a famosos», *El País*, 27.04.2022.

También el ámbito de la investigación e innovación científica ha abierto una brecha con la consecución de proyectos sobre SARS-CoV-2 y la enfermedad COVID-19: en España se han iniciado 44 ensayos clínicos y el Ministerio de Ciencia e Innovación ha financiado 18 proyectos a cargo del Fondo COVID-19, de 24 millones de euros[141].

Finalmente, otro elemento es el desconocimiento de la ciudadanía sobre estándares de calidad, autenticidad y características de medicamentos y productos sanitarios para hacer frente al COVID-19. Otros factores facilitadores del delito farmacéutico, propios de España, son la multiplicación de oportunidades criminales por cada administración a cargo de hacer frente al COVID-19. Esto es, la descentralización en la compra de productos y participación en la cadena de suministros hace que cada administración cree una nueva oportunidad de negocio fraudulento, el desempleo y la inestabilidad económica en la que se encontró el país[142] y problemas puntuales de subministro de medicamentos de uso humano y vacunas[143].

Pese al reto que supone luchar contra los delitos farmacéuticos durante una pandemia, España ha puesto en marcha diversas estrategias, tales como medidas reactivas a través de técnicas de protección[144], el uso del sistema penal, y especialmente la policía y la cooperación entre cuerpos en operaciones macro[145], la incidencia en la consciencia y responsabilidad ciudadana[146], actividades de fármaco-vigilancia, la formación a farmacéuticos[147], la participación en el mercado para la adquisición y distribución de medicamentos y productos sanitarios.

Todo lo expuesto hace surgir la cuestión de si el COVID-19 ha impactado en la realidad del delito farmacéutico en España. Como se ha visto, a escala global, la pandemia ha aumentado la

---

Disponible en: https://elpais.com/espana/2022-04-27/detenidos-los-dos-presuntos-cabecillas-de-la-trama-que-vendio-falsos-certificados-de-vacunacion-a-famosos.html [Última consulta 2 de mayo de 2022]

[141] CONSEJO DE MINISTROS, *Plan para la transición hacia una nueva normalidad*, 28 de abril de 2020, Aprobado por el Consejo de Ministros.

[142] En detalle en CONSEJO DE MINISTROS, *Plan para la transición hacia una nueva normalidad*, 28 de abril de 2020, Aprobado por el Consejo de Ministros.

[143] La Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios realiza informes periódicos sobre problemas de suministro, con tal de abordar el problema. Esta proactividad disminuye el riesgo de que los usuarios deban acudir a canales ilegales para adquirir los productos necesarios.

[144] Algunos ejemplos de medidas reactivas son la firma del Convenio en materia de intercambio de información de medicamentos esenciales en determinados momento entre la Agencia Española de Medicamos y Productos Sanitarios y la Federación de Distribuidores Farmacéuticos (aunque no sea un instrumento específico para la pandemia, es una actividad de prevención para el desabastecimiento) o la instauración del programa BIFAP (Base de datos para la Investigación Fármaco-epidemiológica en el Ámbito Público), que consiste en una base de datos informatizada de registros médicos electrónicos estructurados para la realización de estudios.

[145] Como por ejemplo el protocolo conjunto entre el Departamento de Salud de Catalunya y la Guardia Urbana de Barcelona para detectar clínicas y locales que realizan pruebas PCR y test de antígenos sin licencia. Como resultado, se han cerrado ocho locales, véase la noticia de DIARIOFARMA, «Cerrados en Cataluña cuatro laboratorios que realizaban PCR y antígenos sin licencia», 07.02.2022.

[146] Por ejemplo la AEMPS informa a los ciudadanos de los riesgos de comprar medicamentos falsificados para el tratamiento del COVID-19 a través de webs ilegales, así como del riesgo de consumir productos y servicios para el diagnóstico de COVID-19 que no cumplan con la legislación vigente y sin estar certificados

[147] Como la experiencia de la formación de farmacias en Burgos para prevenir la cibervictimización. El Colegio Oficial de Farmacéuticos de Burgos y la Comisaría Provincial de la Policía Nacional de Burgos realizan un curso de ciberdelincuencia, para evitar diferentes tipos de estafas, la protección de datos personales, contraseñas, copias de seguridad. DIARIOFARMA, «La policía forma a las farmacias de Burgos en protección contra la ciberdelincuencia», 16.12.2021.

incidencia de este tipo delictivo y ha matizado algunos de sus aspectos, como los objetos, el incremento de la participación del crimen organizado y el despunte del uso de internet.

Para dar respuesta a este interrogante se han analizado todas las notas informativas y alertas de uso de medicamentos de uso humano y de productos sanitarios, emitidos por la AEMPS desde enero de 2017 hasta marzo de 2022[148]. Esto resulta en un total de 370 incidentes. El interés en conocer el resultado del trabajo de la AEMPS reside en que es el organismo que evalúa y autoriza los medicamentos y productos sanitarios, tomando un papel protagonista en la lucha contra los productos ilegales y falsificados, así como en labores de vigilancia. Sin embargo, estos datos presentan una gran limitación puesto que cuando la AEMPS indica que se trata de un medicamento o producto farmacéutico sin la autorización requerida o con condiciones subestándar, no es sinónimo de que se haya producido un delito farmacéutico. Por esta limitación el estudio se plantea en términos de incidencias en lugar de delitos.

Los hallazgos (recogidos en el Anexo 1) han mostrado que los incidentes relativos al COVID-19 de los que conoce la AEMPS son pocos. En este tiempo la agencia ha conocido, únicamente de 6 incidencias (de un total de 17) en 2022; 2 incidencias (de un total de 51) en el año 2021 y de 1 incidencia (de un total de 41) en 2019. Los resultados muestran que cuatro incidentes son sobre test de autodiagnóstico de la enfermedad. En dos casos se trata de un etiquetado subestándar del producto, mientras que en los dos restantes, es el propio producto el que presenta una calidad subestándar. Estos cuatro incidentes se dan en el año 2022, momento en el que la demanda de test de autodiagnóstico es más elevada. Otro incidente afecta a un lote de vacunas para el COVID-19. En este lote se encuentra un cuerpo extraño por lo que el lote presenta una calidad subestándar, por ello es retirado del mercado. El resto de los incidentes tienen por objeto medicamentos que ayudan a aliviar los síntomas causados por el COVID-19. Tres incidentes son sobre medicamentos subestándar y en el restante el incidente afecta al etiquetaje. La estrategia seguida por la AEMPS en todos los incidentes es la retirada del mercado del medicamento o producto afectado, para evitar que los ciudadanos puedan estar en contacto con el mismo.

Para complementar el análisis del trabajo de la AEMPS se ha realizado una revisión sistemática de las entradas del periódico Diariofarma y El Global, ambos medios informativos en línea especializados en el ámbito farmacéutico[149]. Para la búsqueda de entradas se han usado las categorías: «ilegal», «falsificado», «falsificada», «subestándar», «no homologado» y «sin licencia». Los resultados de las búsquedas han sido exiguos. Únicamente se ha encontrado una noticia sobre distribución de mascarillas no homologadas entre sanitarios[150], la existencia de laboratorios que realizan pruebas PCR y de antígenos sin licencia[151] y el descubrimiento de test rápidos para la detección de COVID-19 con baja sensibilidad[152].

---

[148] ANDREU-MARCH et al., *Farmacéuticos Comunitarios, 8,* 4, 2016, pp. 26 ss. ya usaron en su investigación como fuente de información una revisión de notas de la AEMPS.

[149] Solución propuesta por KELESIDIS/FALGAS, *Clinical Microbiology Reviews,* 28, 2, 2015, pp. 443 ss.

[150] DIARIOFARMA, «La justicia abre diligencias contra Illa tras la denuncia de CESM por las mascarillas defectuosas», 09.09.2021.

[151] Se trata de un caso reciente (2022) de cuatro laboratorios radicados en Catalunya que realizaban este tipo de pruebas sin la homologación de la Generalitat ni licencia municipal. Este caso ha sido llevado por la Dirección General de Ordenación y Regulación Sanitaria del Departamento de Salud de la Generalitat y la Guardia Urbana de Barcelona (DIARIOFARMA 2022b, 2022c) «Cerrados en Cataluña cuatro laboratorios que realizaban PCR y

La conclusión que se extrae del trabajo de la AEMPS y del eco que se hace los medios especializados en farmacología es que en España se han detectado pocos incidentes farmacéuticos relacionados con el COVID-19. Esto puede significar que los delitos farmacéuticos colocan sus medicamentos y productos en el mercado ilegal, y por ello la AEMPS no puede detectar tal incidente, y por lo tanto las autoridades sanitarias o el sistema penal no son conocedores de esta cifra negra.

La otra explicación es que la lucha de España contra el delito farmacéutico, en general, y en particular la estrategia desarrollada durante la pandemia, han sido eficaces para prevenir este tipo delictivo. De ser cierta la segunda explicación, se podría afirmar que el control estatal de la sanidad, como proveedor universal y con un intervencionismo en el precio de los medicamentos y productos sanitarios, protege al mercado sanitario puesto que la población no necesita recurrir a otros canales o medios para conseguir productos más baratos (falsificados o subestándar). Adicionalmente, las medidas legislativas tomadas por España en todos estos años consolidan una fuerte red de protección, que además se complementa con otras acciones de cooperación.

4. Conclusiones

El presente trabajo tenía por objetivo analizar el delito farmacéutico, y específicamente valorar qué impacto ha tenido el COVID-19 sobre este fenómeno criminal. La conclusión a la que se ha llegado es que a nivel global el COVID-19 ha impulsado la incidencia de estos tipos delictivos, aunque ha cambiado el objeto del delito, ya que ahora se dirige a medicamentos y productos sanitarios relacionados con el COVID-19, ha aumentado la participación del crimen organizado, y parece que se ha multiplicado el uso de Internet.

Sin embargo, en España no se ha observado una diferencia en el delito farmacéutico después de la irrupción del COVID-19 en el territorio, aunque hay que tener en cuenta la dificultad de encontrar información y datos al respecto.

En la introducción del trabajo ya avanzaba la complejidad criminológica que plantea el delito farmacéutico. Esto se debe a los factores que propician este tipo delictivo, el aumento de su invidencia a nivel global, las diferentes formas de victimización que causa y la creciente participación del crimen organizado. Aunque estos elementos son comunes en todo el globo, hay un factor que lo hace especialmente dañino: su heterogéneo impacto es entre países ricos y pobres, ya que, en estos últimos, además de perjudicar una salud pública más debilitada (recuérdese que los objetos del delito suelen ser medicamentos o vacunas para tratar enfermedades graves), empobrece económicamente a las víctimas de los delitos.

---

antígenos sin licencia», 07.02.2022 y «Cerrado un segundo establecimiento en Barcelona que realizaba PCR y antígenos sin licencia», 05.01.2022.

[152] Se trata de una compra que realizó España de 340.000 unidades de test para la detección de COVID-19 a una empresa China que carece de licencia. Los test en cuestión son ineficaces porque no alcanzan un mínimo de sensibilidad ya que es inferior al 30%, en DIARIOFARMA, «Los test de COVID-19, comprados en China a una empresa sin licencia, no alcanzan ni el 30% de sensibilidad», 26.03.2020. El Ministro de Sanidad a cargo aclaró que los test tenían el marcado CE, y se adquirieron por un distribuidor nacional (en DIARIOFARMA, «Illa sobre los test defectuosos: «Tenían marcado CE y se compraron a un distribuidor nacional», 26.03.2020).

La estrategia global tomada para luchar contra el delito farmacéutico se ha centrado en un fortalecimiento de la legislación penal, para estandarizar las conductas que conforman el delito farmacéutico, pero también en actividades de fármaco-vigilancia. Con estos dos ejes se pretende aplacar los factores criminológicos propiciadores de este tipo delictivo, pero también blindar el mercado legal ante posibles infiltraciones de objetos delictivos.

En realidad, la lucha contra los delitos farmacéuticos requiere una estrategia diferenciada en función de la conducta que se quiera prevenir y del medicamento o producto sanitario que se pretenda proteger[153]. Adicionalmente, el diseño de la estrategia debe determinar los objetivos que se persiguen, así como la temporalización de los resultados (a corto, medio o largo plazo). Como se ha visto, el delito farmacéutico presenta una victimización muy particular y extendida. Es por ello que la planificación contra el fenómeno debe determinar qué bien jurídico se quiere proteger. Para ilustrar, la preferencia de la Organización Mundial de la Salud es primar la prevención y el control de la calidad, seguridad y eficiencia de los medicamentos y productos, antes que la protección de consideraciones mercantiles o de propiedad intelectual[154]. La última consideración es que una adecuada estrategia de prevención debe ir precedida de la comprensión de la problemática. Esto requiere una buena recolección de información, mayor transparencia en la documentación y en la divulgación de los datos[155].

Avanzando en el impacto que la pandemia ha tenido sobre el delito farmacéutico, se puede afirmar que ha sido un aumento de los mismos. Esto es debido al estrés de los factores explicativos del delito farmacéutico. De los factores criminológicos, se ha visto que el beneficio económico ha aumentado, mientras que el riesgo de detección es más bajo porque hay menos vigilantes, y los que están presenten tienen menos conocimientos para detectar objetos ilegales relacionados con el COVID-19.

En cuanto a la cadena de suministro, esta se ha visto colapsada porque la oferta no podía cubrir la demanda (demanda motivada por las medidas legislativas que obligaban al uso de determinados ítems, pero también al miedo y a la confusión social). Esta brecha es aprovechada por los criminales para ofertar los medicamentos y productos reclamados. Todo ello potencia todos los factores explicativos del crimen farmacéutico. Además, ha generado un cambio en el objeto criminal, ya que, a causa del cambio de la demanda del mercado, ahora el delito versa sobre medicamentos y productos sanitarios relacionados con la detección, prevención y tratamiento del COVID-19. El crimen organizado ha tomado un papel protagonista en este tipo de delito, tanto porque los factores facilitadores se han potenciado, como porque el resto de las actividades delictivas han sido frenadas por el COVID-19. Y, por último, internet se ha tornado la herramienta por excelencia de contacto entre la oferta y la demanda.

Las estrategias más notables para la prevención y detección del delito farmacéutico durante el COVID-19 han sido la formación ciudadana y las operaciones marco con diferentes instituciones internacionales y nacionales involucradas. Por un lado, la formación ciudadana ha evitado que se adquirieran productos ilegales o subestándar. Pero esta labor debería ir

---

[153] ALMUZAINI/CHOONARA/SAMMONS, *BMJ Open*, 3, 2013, pp. 2 ss.

[154] WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Substandard/spurious/falsely-labeled/falsified/counterfeit medical products: report of the Working Group of Member States: report by the Secretariat,* World Health Organization, Ginebra, 2012.

[155] JOHNSTON/HOLT, *British Journal of Clinical Pharmacology*, 78, 2, 2013, pp. 218 ss.

acompañada con un compromiso estatal para dotar a la población de los medicamentos y productos necesarios, ya que como se ha visto, la participación estatal vigila y blinda el mercado legal e impide que la población deba acudir a otros para cubrir sus necesidades. Por otro lado, las operaciones macro con agencias internacionales y policías nacionales han resultado una estrategia clave para desarticular diversas operaciones criminales. Si bien, debe señalarse que las primeras operaciones se han tenido que enfrentar a la innovación y al ajuste criminal, sin contar con datos o inteligencia debido a la excepcionalidad de la situación.

En cuanto al análisis de la realidad española, este ha derivado a conclusiones totalmente opuestas, por lo que se puede afirmar que, en España, la tendencia del delito farmacéutico no sigue la misma estela que el global. En España, los escasos datos disponibles señalan que el mercado legal no ha sido victimizado como en otros contextos. La AEMPS ha detectado pocos casos de incidentes relacionados con medicamentos y productos sanitarios relacionados con el COVID-19. Los casos detectados han sido sobre kits de test de detección de antígenos de autodiagnóstico o bien medicamentos, afectando tanto su etiquetado como la calidad del propio medicamento, e incluso a un lote de vacunas.
No obstante, no puede determinarse si estos incidentes se corresponden con la realidad delictiva del país o bien hay una significativa cifra negra en esta tipología. Asumiendo que estos incidentes sean una fotografía de la realidad delictiva, se concluye que las medidas de protección y las estrategias contra el delito farmacéutico iniciadas en el año 2008 son fuertes y efectivas. Por lo tanto, las medidas ya implementadas han aplacado el impacto del COVID-19 en el mercado legal. En mi opinión, la medida más relevante es que el Estado, y en su caso las autonomías, se han encargado de proveer de los medicamentos y productos necesarios, por lo que las adquisiciones que se introducían en el mercado legal estaban sometidas a los controles de fármaco-vigilancia. A esta medida se le debe sumar los hechos que el país no sufrió de desabastecimiento de medicamentos o productos y la elevada cultura y conciencia sanitaria de los ciudadanos.

Para concluir el trabajo, se presenta la siguiente reflexión: la EUROPOL[156] clasificó los delitos farmacéuticos como un nuevo mercado criminal tras el COVID-19. Este artículo ha procurado contribuir a esta discusión mostrando la tendencia global y realizando un análisis del mercado español. En este punto, la investigación debe seguir ahondando en si este mercado criminal ya se ha establecido y continuará con las mismas características que ha presentado durante la época del COVID-19, evolucionará hacia otras tendencias o, por el contrario, volverá al momento pre-COVID-19, constituyéndose esta situación como excepcional.

5. Bibliografía

AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS, *Plan Estratégico 2019-2022,* AEMPS, Madrid, 2019.

AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS, *Estrategia frente a medicamentos falsificados 2016-2019*, AEMPS, Madrid, 2016.

[156] EUROPOL, *European Union serious and organised crime threat assessment. A corrupting influence: the infiltration and undermining of Europe's economy and society by organised crime*, 2021.

AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS, *Estrategia frente a medicamentos falsificados 2012-2015*, AEMPS, Madrid, 2012.

AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS, *Estrategia frente a medicamentos falsificados 2008-2011*, AEMPS, Madrid, 2009.

ALMUZAINI, Tariq/CHOONARA Imti/SAMMONS, Helen, «Substandard and counterfeit medicines: a systematic review of the literature », *BMJ Open*, 3, 2013, pp. 1 ss.

ANDREU-MARCH, Mónica/FERNÁNDEZ-PELLICER, Félix/MODAMIO, Pilar/MARIÑO, Eduardo, «Turn back crime: medicamentos ilegales y papel del farmacéutico comunitario», *Farmacéuticos Comunitarios,* 8, 4, 2016, pp. 26 ss.

ARNDT, Sinn, «Impact of European e-commerce liberalisation on pharmaceutical crime», *Bundesgesundheitsbl*, 60, 2017, pp. 1245 ss.

BATE, Roger, *Making a killing: the deadly implications of the counterfeit drug trade*, AEI Press, Washington, D.C, 2008.

BLACKSTONE, Erwin/FUHR, Joseph/POCIASK, Steve, «The health and economic effects of counterfeit drugs», *American Health Drug Benefits*, 7, 4, 2014, pp. 216 ss.

GLOBAL INITIATIVE AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME, *Crime and contagion*: *The impact of a pandemic on organized crime,* GIATOC, 2020.

CÁMARA ARROYO, Sergio, «El medicamento como instrumento del delito: análisis del delito farmacológico y las intoxicaciones medicamentosas desde la Medicina legal, el Derecho penal y su jurisprudencia», *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* LXXIII, 2020, pp. 307 ss.

CATALÁN-MATAMOROS, Daniel/GONZÁLEZ-OCHANDO, Nuria/PECHARROMAN-ARRIBAS, Henar/FERNÁNDEZ-MUELAS, Ana/BENTOLILA, Stella/IBARRA-LORENTE, Manuel, «Los medicamentos falsificados en Internet y el proyecto europeo *fakeshare:* experiencias y actuaciones en España», *Revista Española de Salud Pública, 90,* 2016, pp. 1 ss.

CHIKA, Aminu/BELLO, Shabibu/JIMOH, Abdulgafar/UMAR,Muhammad T., «The Menace of Fake Drugs: Consequences, Causes and Possible Solutions», *Research Journal of Medical Sciences*, 5, 5, 2011, pp. 257 ss.

CONSEJO DE MINISTROS, *Plan para la transición hacia una nueva normalidad*, 28 de abril de 2020, Aprobado por el Consejo de Ministros.

COMMITTEE ON ENERGY AND COMMERCE, *Counterfeit Drugs: Fighting Illegal Supply Chains,* Majority Committee Staff, 2014, pp. 1 ss.

DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS OF THE UNITED NATIONS, *Responding to COVID-19 and recovering better. A compilation by UN DESA in support of the UN Secretary-General's initiatives in response to COVID-19,* Policy Brief Series, Spring/Summer, 2020.

DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS OF THE UNITED NATIONS, *Achieving SDGs in the wake of COVID-19: Scenarios for policymakers,* Policy Brief #84, 2020.

DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS OF THE UNITED NATIONS, *Recovering from COVID-19: the importance of investing in global public goods for health,* Policy Brief #83, 2020.

DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS OF THE UNITED NATIONS, *Achieving the SDGs through the COVID-19 response and recovery,* Policy Brief #78, 2020.

DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS OF THE UNITED NATIONS, *The long-term impact of COVID-19 on poverty,* Policy Brief #86, 2020.

DI NICOLA, Andrea/MARTINI, Elisa/BARATTO, Gabriele, *FAKECARE: developing expertise against the online trade of fake medicines by producing and disseminating knowledge, counterstrategies and tools across the EU*. eCrime- ICT, Law & Criminology, Trento, 2015.

EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: on the EU Strategy to tackle Organised Crime 2021-2025*, European Commission, 2021.

EUROPEAN UNION INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE/ EUROPOL, *Intellectual Property Crime Threat Assessment 2022*, European Union Intellectual Property Office, 2022.

EUROPOL, *Pandemic profiteering. How criminals exploit the COVID-19 crisis*, EUROPOL, 2020a.

EUROPOL, *How COVID-19-related crim infected Europe during 2020, EUROPOL,* 2020b.

EUROPOL, *Viral marketing. Counterfeits, substandard goods and intellectual property crime in the COVID-19 pandemic*, EUROPOL, 2020c.

EUROPOL, *Catching the virus. Cibercrime, disinformation and the COVID-19 pandemic,* EUROPOL, 2020d.

EUROPOL, *European Union serious and organised crime threat assessment. A corrupting influence: the infiltration and undermining of Europe's economy and society by organised crime,* EUROPOL, 2021.

EUROPOL, The illicit sales of false negative COVID-19 test certificates, *early warning notification, EWN 2021/2021,* 2021b.

ELLIS, Clare, *On Tap Europe. Organised crime and illicit trade in Spain: Country report*, Royal United Services Institute for Defence and Security Studies, London, 2017.

FETISHANS, Ilise*, El Convenio MEDICRIME en 10 preguntas y respuestas. El Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2020.

GONZÁLEZ URIEL, Daniel, «Falsificación de productos médicos y delitos similares contra la salud pública: influencias internacionales y regulación nacional», *Estudios de Deusto, 65, 1,* 2017, pp. 151 ss.

GØTZSCHE, Peter, «Big pharma often commits corporate crime, and this must be stopped», *BMJ Open, 345:e8462,* 2021, pp. 1 ss.

GRUPO DE TRABAJO DE BUENAS PRÁCTICAS DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES FARMACÉUTICOS, *Actividades de farmacovigilancia y de prevención de la entrada de medicamentos falsificados*, Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, Madrid, 2014.

HALL, Alexandra/ANTONOPOULOS, GEOGRIOS, «License to pill: illegal entrepreneurs' tactics in the online trade of medicines», en VAN DUYNE P.C., ANTONOPOULOS G., HARVEY J., Maljevic A., VON LAMPE K. (eds.), *The relativity of wrongdoing: corruption, organised crime, fraud and money Laundering in perspective*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2015, pp 229 ss.

HALL, Alexandra/KOENRAADT, Rosa/ANTONOPOULOS, Georgios, «Illicit pharmaceutical networks in Europe: organizing the illicit medicine market in the United Kingdom and the Netherlands», *Tends Organized Crime,* 20, 2017, pp. 296 ss.

INTERNATIONAL INSTITUTE OF RESEARCH AGAINST COUNTERFEIT MEDICINES/PRZYSWA, Eric, *Counterfeit medicines and criminal organizations*, IRACM, París, 2013.

INTERPOL, *Preventing crime and protecting police: Interpol's COVID-19 global threat assessment*, Interpol, 2020.

INTERPOL, *INTERPOL warns of organized crime threat to COVID-19 vaccines*, Interpol, 2020c.

INTERPOL, *La amenaza mundial de los medicamentos falsos en tiempo de la Covid 19,* INTERPOL, Lyon, 2020e.

INTERPOL, *Pharmaceutical crime operations¸* INTERPOL, 2022.

JOHNSTON, Atholl/HOLT, David W., «Substandard drugs: a potential crisis for public health», *British Journal of Clinical Pharmacology,* 78, 2, 2013, pp. 218 ss.

JORDÁ SANZ, Carmen/GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, «El tráfico ilícito de medicamentos. Un nuevo mercado ilegal para el crimen organizado», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 17-10,* 2015, pp. 1 ss.

KELESIDIS, Thedoros/FALGAS Matthew, «Substandard/Counterfeit Antimicrobial Drugs», *Clinical Microbiology Reviews,* 28, 2, 2015, pp. 443 ss.

LAVORGNA, Anita, «The online trade in counterfeit pharmaceuticals: new criminal opportunities, trends and Challenges», *European Journal of Criminology,* 12, 2, 2015, pp. 226 ss.

MACKEY, Tim/LIANG, Bryan/ YORK, Peter/KUBIC, Thomas, «Counterfeit drug penetration into global legitimate medicine supply chains: a global assessment», *American Journal of Tropical Medicine and Hygiene,* 92, 6, 2015, pp. 59 ss.

MACKEY, Tim/LIANG, Bryan, «The global counterfeit drug trade: patient safety and public health risks», *Journal of Pharmaceutical Sciences,* 100, 11, 2011, pp. 4571 ss.

NAYLOR, Tom, «Towards a General Theory of Profit-Driven Crimes», *The British Journal of Criminology,* 43, 1, 2003 pp. 81 ss.

NAYLOR, Tom, *A typology of profit-driven crimes,* Research and Statistics Division of the Department of Justice of Canada, 2002.

OFFICE FOR HARMONIZATION IN THE INTERNAL MARKET/EUROPOL, *2015 Situation report on counterfeiting in the European Union,* EUROPOL, 2015.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Alerta sobre productos médicos Nº2/2022: DESREM (Remdesivir) falsificado. DESREM (Remdesivir) falsificado detectado en las Regiones de las Américas y de Asia Sudoriental de la OMIS», *Comunicados de prensa*, Ginebra, 09.03.2022.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Productos médicos de calidad subestándard y falsificados», *Comunicados de prensa*, Ginebra, 31.01.2018.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «Uno de cada diez productos médicos en circulación en los países en desarrollo es de calidad subestándar o está falsificado», *Comunicados de prensa*, Ginebra, 28.11.2017.

PEREVALOVA, Anastasia/RUIZ CABELLO, Úrsula, *The impact of the covid-19 crisis on transnational organized crime,* Regional Academy of the United Nations, 2022.

REGGI, Valerio, «Medicamentos falsificados y desabastecimiento de medicamentos», *Butlletí Groc, Fundación Instituto Catalán de Farmacología*, 27, 4, 2014, pp. 13 ss.

SEVILLANO, Elena, «Cae la mayor trama de tráfico ilícito de medicamentos», *El País*, 09.01.2015.

SYLIM, Patrick/LIU, Fang/MARCELO, Alvin/FONTELO, Paul, «Blockchain Technology for Detecting Falsified and Substandard Drugs in Distribution: Pharmaceutical Supply Chain Intervention», *JMIR Research Protocols, 7*, 9, 2018, p. 1-13.

TARDIF, Eric, «Medicamentos falsificados: una píldora difícil de tragar y un reto sanitario global», *Anuario Español de Derecho Internacional*, 27, 2011, pp. 591 ss.

UNITED NATIONS INTERREGIONAL CRIME AND JUSTICE RESEARCH INSTITUTE, *How Organized Crime is Expanding during the Covid-19 Crisis,* UNICRI, Turin, 2020.

UNITED NATIONS INTERREGIONAL CRIME AND JUSTICE RESEARCH INSTITUTE, *Counterfeiting: a global spread, a global threat.* UNICRI, Turin, 2009.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Counterfeit goods: a bargain or a costly mistake?* UNDOC, 2014.

UNITED NATIONS, *The sustainable development goals report*, United Nations, 2020a.

UNITED NATIONS, *United Nations comprehensive response to COVID-19*, United Nations, 2020b, Disponible en: https://www.un.org/en/coronavirus/UN-response

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *COVID-19-related trafficking of medical products as a threat to public health*, UNDOC Research, Vienna: UNDOC, 2021a.

UNITED NATION OFFICES ON DRUG AND CRIME, *The impact of COVID-19 on organized crime*, UNDOC, 2021b.

USHER, Kim/DURKIN, Joanne/BHULLAR Navjot, «The COVID-19 pandemic and mental health impacts», *International Journal of Mental Health Nursing*, 29, 3, 2020, pp 315 ss.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, *A study on the public health and socioeconomic impact of substandard and falsified medical products,* World Health Organization, 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (World Health Assembly, 65), *Substandard/spurious/falsely-labelled/falsified/counterfeit medical products: report of the Working Group of Member States: report by the Secretariat,* World Health Organization, Ginebra, 2012.

YAR, Majid, «The other global drugs crisis: assessing the scope, impacts and drivers of the global trade in dangerous counterfeit pharmaceuticals», *International Journal of Social Inquiry*, 1, 1, 2008, pp. 151 ss.

6. Anexo 1

Tabla 1. Incidentes detectados por la AEMP desde 2019 a 2022 relacionados con el COVID-19

Fuente de información	Descripción del incidente	Categoría	Estrategia
Nota informativa, medicamentos de uso humano (PS, 14/2022)	Test de diagnóstico in vitro «SARS-CoV-2 Antigen Rapid Test Kit (Colloidal Gold Immunochromatography)» fabricado por Beijing Lepu Medical Technology Co., Ltd. Etiquetado como «autodiagnóstico» sin la autorización del fabricante profesional, por ser de uso profesional	Etiquetado subestándar	Retirada del mercado
Nota informativa, medicamentos de uso humano (PS, 10/2022)	Detección de unidades no conformes con los requisitos de comercialización y sustracción de varias unidades de un lote de «Test de Antígenos rápido de saliva para Covid-19 HYGISUN», fabricado por Anbio (Xiamen) Biotechnology Co., Ltd (China), e importado por Sunbeam International GmbH, Alemania.	Medicamento subestándar; sustracción de medicamentos	Cese de la comercialización
Nota informativa, medicamentos de uso humano (PS, 5/2022)	Detección de un marcado CE falso en un test de antígenos para test de autodiagnóstico	Etiquetado subestándar	Retirada del mercado
Nota informativa, medicamentos de uso humano (PS, 03/2022)	Detección de un kit de prueba de autodiagnóstico de antígeno SRS-CoV-2(oro coloidal) por la contaminación del diluyente de la muestra durante la fabricación	Medicamento subestándar	Retirada del mercado
Alerta medicamento de uso humano (R_09/2022)	Presencia de cuerpo extraño en un lote de vacunas contra COVID-19	Medicamento subestándar	Retirada del mercado

Alerta medicamento de uso humano (R_08/2022)	Detección de un resultado fuera de especificaciones en los estudios de estabilidad en un lote de medicamentos para el alivio de la congestión nasal, el dolor de cabeza, la fiebre o el dolor para el resfriado común y la gripe	Medicamento subestándar	Retirada del mercado y devolución al fabricante
Alerta medicamento de uso humano (R_04/2021)	No puede garantizarse el cumplimiento de las condiciones asépticas durante la etapa de llenado de viales para medicamento para proteger el tejido pulmonar	Medicamento subestándar	Retirada y devolución al fabricante
Alerta medicamento de uso humano (R_03/2021)	Resultado fuera de especificaciones en el contenido de fenilefrina hidrocloruro, dextrometorfano hidrobromuro y ácido sórbico (conservante) en los estudios de estabilidad a 20 meses de medicamento antitusivo y descongestivo nasal	Medicamento subestándar	Retirada y devolución al fabricante
Alerta medicamento de uso humano (R_25/2020)	Error en la equivalencia entre la base y la sal en el etiquetado del medicamento tratamiento de la tos	Etiquetado subestándar	Retirada y devolución al fabricante

InDret
3.2022

Police stop and search in Spain: an overview of its use, impacts and challenges

Lorea Arenas-García
University of Extremadura

Elisa García-España
University of Malaga
-

Abstract
-
Even though in Spain there are no complete, public and updated national statistics on police stops with information on ethnicity, data provided by some local police forces and academic research prove that the police disproportionately stop and search minority groups. This practice affects the sense of belonging of individuals (who experience shame and humiliation), leads to institutional discrimination, and reduces the legitimacy and trust in law enforcement. This paper aims to analyze the Spanish empirical evidence about police stops practices and its effects on citizens conducting a systematic review on existing literature.

The main results show that: police stops are carried out based on racial profiling; consequences of police discrimination had a more negative impact on individuals who had been or perceived to have been stopped due to racial reasons; it is necessary to develop more qualitative studies that complement the quantitative methodologies in order to gather richer information about experiences on police treatment, particularly at stops.

Sumario
-
Aunque en España no existen estadísticas nacionales completas, públicas y actualizadas sobre paradas policiales con información sobre el origen étnico, los datos proporcionados por algunas policías locales y la investigación académica demuestran que la policía identifica y registra de forma desproporcionada a los grupos minoritarios. Esta práctica afecta el sentido de pertenencia de las personas (que experimentan vergüenza y humillación), conduce a la discriminación institucional y reduce la legitimidad y la confianza en la aplicación de la ley. Este artículo tiene como objetivo analizar la evidencia empírica española sobre las prácticas de identificaciones policiales y sus efectos en los ciudadanos mediante una revisión sistemática de la literatura existente.

Los principales resultados muestran que: las paradas policiales se realizan en base a perfiles raciales; las consecuencias de la discriminación policial tuvieron un impacto más negativo en las personas que habían sido o creían haber sido detenidas por motivos raciales; es necesario desarrollar más estudios cualitativos que complementen las metodologías cuantitativas para poder recabar información más rica sobre las experiencias de trato policial, particularmente en las paradas.

Título: *Identificaciones y registros policiales en España: una visión general de su uso, impactos y desafíos*
-

Keywords: police stop and search, racial profiling, discrimination, minority groups.
Palabras clave: *identificación y registro policial, perfil racial, discriminación, grupos minoritarios.*
-
DOI: 10.31009/InDret2022.i3.08
-

InDret

3.2022

Recepción
02/04/2022
-
Aceptación
15/07/2022
-

Contents

-

1. Introduction
2. Theoretical framework
3. Methodology
3.1. Sample of studies
4. Results
4.1. Disproportion in police stops
4.2. Perceptions about police action or treatment
4.3. Consequences of police discrimination
5. Conclusion
6. Recommendations
7. References

-

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

1. Introduction*

Migration processes have transformed traditional societies into more diverse, plural and changing contexts. Historically Spain migrant population was low, but the economic and geopolitical situation changed this in the 90s, when the foreigner population grew rapidly[1]. According to the latest figures from the Spanish census (January 2021) more than five million people are foreign nationals, though this figure excludes those who are not officially registered. That means that at least 11%[2] of citizens now living in Spain have a different nationality than the majority Spanish population. If we break down these data, there is a presence of Europeans from the European Union (3.6%), South Americans (2.3%) and Africans (2.2%). However, it is not necessary to be a foreign national to stand out from the majority group. The Roma community and non-Catholic religious groups have historically coexisted with the Catholic white population in Spain, which has also fostered ethnic and religious diversity[3].

This diversity permeates the Spanish social life and influences our way of appreciating and understanding reality, even though diversity is sometimes perceived with surprise, distance and fear by a large segment of the population (as the evidence reported here somehow shows). This is mostly due to prejudiced attitudes that are on the verge of discrimination. The public authorities are becoming more aware that such diversity raises new needs and requires responses in order to guarantee the social well-being of the population as a whole.

The needs and responses that diversity requires for the authorities are also observed at an international level, since it is a globalised phenomenon, with different countries offering a coordinated response to migration. In this sense, FRANKO AAS POINTS out that countries considered to be similar, i.e., that we consider «like us», provide a response through the control and surveillance of migration officers that make differences between supranational citizens «similar to us» and those considered «suspects, criminals or sub-citizens»[4]. And this is the case

---

*Corresponding author: Lorea Arenas García (lorea@unex.es). We would like to acknowledge the support of the COST network «Pol. Stops» Working Group 2, which is dedicated to understanding how police stops are experienced by those subjected to them, as well as the work developed by COST Action «Police Stops» Project (POLSTOP) CA17102. This paper forms part of a collection of papers that all aim to explore experiences of police stops within a variety of European contexts.

[1] See: AJA/CARBONELL/COLECTIVO IOÉ/FUNES/VILA, *La inmigración extranjera en España. Los retos educativos,* Fundación La Caixa, 1999; DOMINGO/BLANES, «Inmigración y emigración en España: estado de la cuestión y perspectivas de futuro», *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2015, pp. 91-122.

[2] Resident population of all ages and both sexes according to groups of nationality at 1 January 2021. Source: National Institute of Statistics (INE). Available at [last time viewed: July 8, 2022] https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=9689

[3] There are no official statistics by ethnic group. Hence the difficulty of knowing the amount of Roma population settled in Spain. In this respect, the report published in 2011 by the Ministry of Health, Social Policy and Equality (MHSPE) entitled «Social diagnosis of the Roma community in Spain. A field-proven analysis of the CIS Survey of Roma Homes, 2007» *[Diagnóstico social de la comunidad gitana en España. Un análisis contrastado de la Encuesta del CIS a Hogares de Población Gitana 2007]* declared that the most recent data available to estimate the Spanish Roma population were those provided by the report «Map of dwellings and the community of Roma in Spain 2007» [*Mapa sobre vivienda y comunidad gitana en España 2007*] published by Fundación Secretariado Gitano -FSG- in 2008. This report identified a total of 91,965 dwellings occupied by an estimated average of 4.9 Roma group, thus calculating this population to be approximately 453,000 people (MHSPE, 2011, 27). The study of 2007 was re-edited in 2015 and, in this occasion, 105,289 housings were detected. If we used the same estimation applied by the authors in previous years, we might conclude that the Roma population would be some 516,000 inhabitants.

[4] FRANKO AAS, «"Crimmigrant" bodies and bona fide travelers: Surveillance, citizenship and global governance», *Theoretical Criminology*, vol. 15-3, 2010, pp. 332–343.

in a large part of Europe, where Spain is located, especially in its exclusionary control practices on the Southern border.

Respect for diversity is a legal imperative set out in numerous regulatory provisions of both national and international nature like, for example, the Universal Declaration of Human Rights and all the agreements signed with regard to fundamental rights. First of all, article 9.2 of the Spanish Constitution establishes the duty of public authorities to adopt measures to prevent discriminatory attitudes within society and, secondly, the duty of the State itself to avoid discriminatory actions (Study Group on Criminal Policy -GEPC-, 1997). This implies integrating and ensuring equality for all citizens, and diversity should be managed from such perspective. In this respect, the role of the police is especially relevant.

The police not only represents the State and its coercive power, but also keeps a direct and permanent contact with citizens, as well as with minority groups. Their involvement in enforcing various policies is a key aspect of diversity management[5]. However, in the police - as in the rest of society - there are stereotypes and prejudices towards minority groups, as well as institutional racism[6]. The lack of police adaptation to the new diverse reality, together with their legitimate power in some countries like Spain to control irregular immigration[7], can lead to discriminatory practices that encourage and maintain racist attitudes and practices. Proof of this are the police stops of people of foreign appearance for ethnic and/or racial reasons, which identify and stigmatise certain races as more prone to crime[8]. This affects negatively to the individuals' sense of belonging (they experience shame and humiliation), leads to institutional discrimination, and reduces the legitimacy and trust in law enforcement officials[9].

In Spain, police stops are not only used for crime prevention or investigation purposes, but also for immigration control (as a way to verify that «their papers are in order»). Police stops using racial profiling, that is those that use racial markers as the only reason to form suspicion of irregular status and legitimize the intervention, were recently prohibited by Spanish legislation in 2015 (article 16 of the Law on Public Safety, of 31 March). This law was largely a result of the «Rosalind Williams case», which made police discrimination visible at an international level. In 1992 Mrs. Williams, a black Spanish woman, was stopped by a police officer when she was at the train station with her husband and son (both Spanish and white). The officer acknowledged that

---

[5] VAN EWIJK, «Diversity within Police Forces in Europe: A Case for the Comprehensive View», *Policing: A Journal of Policy and Practice*, vol. 6-1, 2011, pp. 1-2.

[6] The term «institutional racism» has been the subject of debate. As noted in the «The Stephen Lawrence Inquiry. Report of an inquiry by Sir William MacPherson of Cluny», institutional racism «should be understood to refer to the way the institution or the organisation may systematically or repeatedly treat, or tend to tread, people differentially because of their race. So, in effect, we are not talking about the individuals within the service who may be unconscious as to the nature of what they are doing, but it is the net effect of what they do» (p. 46). See: WILLIAMS, «Redefining institutional racism», *Ethnic and Racial Studies*, vol. 8-3, 2010, pp. 323-348; TONRY, *Punishment and politics: Evidence and emulation in the making of English crime control policy*, Willan Publishing, 2012; SUOHAMI, «Institutional racism and police reform: an empirical critique», *Policing and Society*, vol. 24-1, 2014, pp. 1-21.

[7] The National Police is the only one with legal powers in the irregular control of immigration.

[8] MOLINA, «¿Cómo actuar ante una redada de inmigrantes sin papeles?», *Periodismo Humano,* 2011.

[9] BEN-PORAT, «Policing multicultural states: lessons from the Canadian model», *Policing and Society*, vol. 18-4, 2008, pp. 411-425; BRADFORD/JACKSON/STANKO, «Contact and confidence: revisiting the impact of public encounters with the Police: Erratum», *Policing and Society*, vol. 19-2, 2009, pp. 191–197; BRADFORD/JACKSON, «Trust and Confidence in the Police: A Conceptual Review», *SSRN Electronic Journal*, 2010; OSJI/STOPWATCH, *Viewed with Suspicion the human cost of Stop and Search in England & Wales,* London, 2013.

he had received orders to stop people «like her», which led Mrs. Williams to file a complaint, on the grounds that such behaviour was racist and harmful to her moral and psychological integrity. In 2001 such claim was dismissed by the Constitutional Court, arguing that «the police action used the racial criterion merely as indication of a greater probability that the interested party was not a Spaniard». In 2009, Williams submitted her complaint to the United Nations Human Rights Committee, which ruled in her favour, arguing that, even though it was legitimate to carry out identity checks to control irregular immigration, the mere physical or ethnic features of a person should not be taken as indication of a possible situation of administrative irregularity.

In 2010 the Ombudsman's Office carried out an investigation of the Spanish General Police Directorate and the Civil Guard (DGPGC)[10] related to their actions, in view of the complaints regarding identity checks in public places based on ethnic and racial profiles. Since Spain does not have updated and published statistics on stop and search cases, the Ombudsman's Office recommended creating ex-post control mechanisms to verify the number of and reason for identifications carried out in the streets. These recommendations were accepted by the DGPGC, but not acted. The Ombudsman has continued to receive complaints specifying the time and place of more than 300 police stops in public places, based on ethnic and racial profiling.

These new complaints prompted new recommendations in 2013[11] that, as of today, have yet to be de facto accepted by the Ministry of Internal Affairs (despite the Ombudsman repeated requests, the last one in 2022), as well as other recommendations made by international human rights organisations, such as: the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD); the conclusions of the Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance; the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI); and the Framework Convention for the Protection of National Minorities. All of them, carried out between 2011 and 2013, showed their concern over the information received from Spain about police stops or raids based on ethnic and racial profiles, which were frequent and focused on foreign migrants. They also expressed the need to eliminate such actions by taking measures at national, regional and local level, so as to promote training and good practices in police services.

In this context, the research aims to provide an updated summary of the empirical evidence concerning police stops in Spain in order to respond to the following specific questions:

Objective 1. Is ethnicity, race or the immigrant status a reason to be more frequently subject to police stops for identification purposes?

Objective 2. Do citizens belonging to minority groups perceive police treatment as discriminatory?

---

[10] In Spain there are several police forces with defined functional and geographical responsibilities: The National Police operates at an urban level throughout the country, mainly in capital cities, except in Catalonia, Navarra and the Basque Country, where they are replaced by the regional police. The Civil Guard, which is a body of a military nature, operates in populations of up to 50,000 inhabitants in inter-urban and rural areas. And the local police, dependent on and present in municipalities with a size equal to or greater than 5,000 inhabitants, which carries out traffic, administrative and judicial police functions, as well as public safety. Local police is the closest to a community policing model.

[11] These included: the systematic use of police stop and search forms and the development of a protocol for their correct use; development of a statistical system for collecting and monitoring data disaggregated by race, ethnicity and/or nationality; training National Police agents on cultural diversity and how to legally carry out controls; and setting up procedures for the reception of complaints.

Objective 3. What is the psychological and social impact of such police stops on minority groups?

2. Theoretical framework

Understanding why people from minority groups are identified in a discriminatory way -and its consequences on them- has been explained from different theories. Research evidence over the past three decades has found that specific stereotypes and prejudices are commonly used by police officers to classify people based on their ethnic origin[12].

Social psychologists have focused their attention for decades on prejudice to explain social behavior. Similarly, they have also addressed and explained discrimination, understood as «negative actions towards groups that are victims of prejudice[13]». Consequently, discrimination implies an action (whether verbal or physical), however prejudice would be an attitude. Attitude, in turn, entails the presence of mental schemes that acts as a powerful filter of reality that helps us interpret it quickly and without too much cognitive effort interpreting and systematizing information in such a way that «individuals with prejudices towards specific groups tend to process information about them in a different way than others[14].» They usually pay more attention to it and remember it better, in this way the prejudiced information is stereotyped and strengthened over time. In addition, considering the «other» with more negative characteristics than «us» makes us feel more valuable and superior, thus reinforcing our own self-esteem.

There are three theories to explain the prejudices creation: the realistic conflict theory[15], the social learning theory[16] and the social categorization perspective[17]. The first refers to direct intergroup conflict, that is, to competition as a source of prejudice. Within this theory, society is unequally structured by different groupings or classes of individuals with similar identities, values, and power. The dominant group, better positioned and definer of a certain social order, perceives the minority group as threatening, especially if it belongs to a different lower class and ethnic group. Consequently, the dominant group exercises its power to discriminate against the other in multiple ways to achieve or perpetuate their social exclusion. In this order of ideas, the stereotypes, or mental schemes that we maintain are created and biased based on our affiliation to one group or another, and to the power relations that occur within an asymmetric social structure[18].

---

[12] BOWLING/PHILLIPS, «Policing ethnic minority communities», in NEWBURN (ed.), *Handbook of policing*, Willan Publishing, London, 2003, p. 13.

[13] BARON/BYRNE, *Psicología social*, 10ª Edición, 2011, p. 217.

[14] BARON/BYRNE, *Psicología social*, 10ª Edición, 2011, p. 231.

[15] BOBO, «Whites' opposition to busing: Symbolic racism or realistic group conflict?», *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 45, 1983, pp. 1196-1210.

[16] PETTIGREW, «Racially separator together?», *Journal of Social Issues*, vol. 24, 1969, pp. 43-69.

[17] JUDD/RYAN/PARK, «Accuracy in the judgment of in-group and out-group variability», *Journal of Personality and Social Psychology*, vol.61, 1991, pp. 366-379; LAMBERT, «Stereotypes and social judgement: The consequences of group variability», *Journal of Personality and Social Psychology,* vol. 68, 1995, pp. 388-403; LINVILLE/FISCHER, «Exemplar and abstraction models of perceived group variability and stereotypicality», *Social Cognition*, vol. 11, 1989, pp. 92-125; HEWSTONE/BOND/WAN, «Social factors and social attributions: The explanation of intergroup differences in Hong Kong», *Social cognition*, vol. 2, 1983, pp. 142-157.

[18] GARCÍA-ESPAÑA, *Inmigración y delincuencia en España: Análisis criminológico*, Tirant Lo Blanch, 2001, p. 73.

The perspective of social learning offers a vision according to which «prejudice is acquired through direct and vicarious experiences in a similar way to other attitudes[19]». Acquiring negative attitudes in childhood about other groups is due to views coming from primary and secondary socialization agencies. In response to which children learn prejudice by internalizing it from an early age, as correct social norms to follow. Thus, the more prejudices exist in each society, the easier it will be to consolidate and normalize over time. Regarding the perspective of social categorization, it places the origin of prejudice in the division that people make of the social world: «us and them». The we-they effect entails classifying people as related or not to our group, that is, belonging to the own group or ingroup, or to the other, to the non-own or outgroup[20]. Any other group that is not ours, whether for reasons of race, sex, age, religion, occupation, etc., will be seen as different and unfavorable. Consequently, it will be very difficult for us to attribute positive or admirable actions to them and, when this happens, the attribution is usually external.

Therefore, while the police is an institution that represents the majority group and intervene on a stereotyped reality can lead to discrimination, for example in police stops. This has two consequences: that citizens trust and support the police less when they have recently been stopped and searched, or when they have had negative experiences with the police[21]. Ben-Borat[22] points out that minorities do not usually perceive the police as a public service, but rather as an enemy, due to unequal treatment shown in two aspects: disproportionate control measures (over-policing) and little attention paid to their specific needs (under-policing). The disproportionate control is mainly evidenced in targeted practices of police detention with a racial bias (racial profiling) and in a greater presence of police in areas where the perceived threat from minority groups is higher.

Summarising much of this social psychological evidence, in their influential paper, Smith and Alpert[23], concluded: «the available social–psychological research suggests that if racial profiling is occurring, it is most likely the result of subconscious attitudes resulting either from differential exposure to group criminality or by the illusory correlation phenomenon, which causes police officers to overestimate the prevalence of negative behaviours among minority group members.»And rather than conscious bias, which may shape the decision maker of some officers, much of the individual level bias is likely the effect of implicit biases that operate outside of conscious awareness and control but nevertheless influences our behaviour[24].

What has also become clear in the literature and policy discussions is that discriminatory outcomes in police practice are not only a consequence of individual police officers decisions, but also result from institutional sources when established protocols and procedures result in

[19] BARON/BYRNE, *Psicología social*, 10ª Edición, 2011, p. 229.

[20] BARON/BYRNE, *Psicología social*, 10ª Edición, 2011, p. 231.

[21] BRADFORD/JACKSON/STANKO, «Contact and confidence: revisiting the impact of public encounters with the Police: Erratum», *Policing and Society*, vol. 19-2, 2009, pp. 191–197; OSJI/STOPWATCH, *Viewed with Suspicion the human cost of Stop and Search in England & Wales*, London, 2013.

[22] BEN-PORAT, «Policing multicultural states: lessons from the Canadian model», *Policing and Society*, vol. 18-4, 2008, pp. 411-425.

[23] SMITH/ALPERT, «Explaining Police Bias: A Theory of Social Conditioning and Illusory Correlation», *Criminal Justice and Behavior*, vol. 34-10, 2007, pp. 1262-1283.

[24] SPENCER/CHARBONNEAU/GLASER, «Implicit bias and policing», *Social and Personality Psychology Compass*, vol. 10-1, pp. 50-63.

what is typically defined as indirect discrimination. Since the British Macpherson report[25] that popularised the notion of the police as «institutionally racist» it has become accepted that discrimination in police practice will not be solved simply by trying to minimise officers bias but also require broader and more holistic responses.

In short, we are asking about the legitimacy of the police institution when it violates rights because of the lack of objective criteria and the use of cognitive biases such as prejudice and its consequences. Regarding the later, Tyler points out that[26] the reason for obeying the law is due to legitimacy of the rule and not to fear of the punishment, as was believed before. This author states that both the legislator and the law enforcement agents can better perform their role if they work under a legal system that deserves the respect of citizens. His main finding is, therefore, that the law is obeyed to the extent that the authority is considered legitimate. Indeed, the risks of punishment for breaking the law are too low and, at times, there is the perception that sentences imposed are not harsh enough. For this reason, it is argued that the normative and ethical aspects of behaviour lead to a more durable compliance than those produced by the coercive threat[27]. However, these ideas are the subject of debate in criminology[28].

In addition, the theory of procedural justice has to do with all kinds of authority, although the focus of this work is to contextualise this theory in the law enforcement field. Studies on police and procedural justice consider that legitimacy of police actions has to do with the quality of both decision-making (impartiality, equal treatment, transparency, etc.) and interpersonal dealings (treating people with dignity and respect). Many studies have shown that quality in both aspects (decision-making and interpersonal dealings) reinforces social ties between individuals and the police, while building trust in the latter by increasing the feeling of belonging to the group represented by the police authority.[29] In other words, legitimacy is a subjective state of those governed, so it is they who must recognise the authority of the system.

JACKSON ET AL.,[30] argue that the police is legitimate, i.e., citizens will recognise its authority, when it meets three conditions: (i) individuals perceive that police officers act respecting morally valid ways, (ii) they believe that the police abide by the rules and procedures established to regulate their behaviour, and (iii) when citizens voluntarily offer their consent to police activity. Therefore, there is confidence to the extent that the belief is shared that the police act competently, guarantee fair procedures, and provide equal protection for the entire society (ibid).

In this context, the analysis of citizens' perceptions about the police is key to understand the level of trust, legitimacy and police cooperation. Sometimes the goal of these studies is to seek the views of a sample, regardless of whether or not it has come into direct contact with a police

---

[25] HOME DEPARTMENT BY COMMAND OF HER MAJESTY, *The Stephen Lawrence Inquiry. Report of an inquiry by Sir William MacPherson of Cluny*, London, 1999.

[26] TYLER, *Why People Obey the Law*, Princeton University Press, 2006.

[27] JACKSON/POOLER/HOHL/KUHA/BRADFORD/HOUGH, «Confianza en la Justicia: Resultados principales de la 5.ª edición de la Encuesta social europea», *Serie de resultados principales de la ESE*, no. 1, 2012.

[28] See: NAGIN/TELEP, «Procedural justice and legal compliance: A revisionist perspective», *Criminology & Public Policy*, vol. 19-3, 2020, pp.761-786.

[29] BRADFORD/JACKSON, *SSRN Electronic Journal*, 2010; OSJI/ STOPWATCH, *Viewed with Suspicion the human cost of Stop and Search in England & Wales,* London, 2013.

[30] JACKSON/POOLER/HOHL/KUHA/BRADFORD/HOUGH, *Serie de resultados principales de la ESE*, no. 1, 2012.

force and, in other cases, the studies focus on a subset of individuals who have had some experience with law enforcement agents. In the latter case, interactions taking place between the agent and the citizen as a result of a stop and search are typically analysed, as well as complaints filed for improper treatment or mistreatment. Along these lines, some authors[31], point out that citizens, in particular those from minority groups, are more likely to express their dissatisfaction with the police when they have been stopped as a result of racial discrimination. In addition, some studies highlight the importance of the police officers' race in citizen perceptions. There is more mistrust when the police officer's race represents the dominant power and the citizen belongs to a minority group. In particular, a police officer with traits of a minority tends to arise less scepticism in citizens from minority groups[32]. Similarly, when the police have an image of respectful and transparent treatment of citizens this also improves trust. For this reason, it is essential to establish control mechanisms for police actions, in order to know the number of police identifications carried out, the disproportion between native population and minority groups, the treatment provided at the time, etc. In other words, internal accountability measures.

Unfortunately, the General Police Directorate is reluctant to incorporate the use of stop forms in its actions to reduce racial bias. However, although the Spanish National Police is competent in matters of immigration and, therefore, performs the function of ensuring immigration control, police identifications are the responsibility of all law enforcement bodies. In this sense, some local police forces have shown themselves to be more responsive to this type of programmes, although there are few examples of such initiatives (as we will see below in the STEPSS and PIPE projects).

3. Methodology

In order to achieve the research objectives, we conducted a systematic review of the existing literature: Systematic reviews help us be aware of what is known and what is not about a particular topic in a concise, detailed, logical and critical way, identifying its possible gaps. It gives us an idea about the current state of the problem to be researched, allows us to examine and compare the research methods used, as well as their appropriateness and limitations, while comparing the results and drawing conclusions[33].

Our review has included empirical studies with different quantitative and qualitative methods. The inclusion criteria were as follows: the studies had to be conducted in Spain (at national,

[31] MILLER/BLAND/QUINTON, *The Impact of Stops and Searches on Crime and the Community,* Police Research Series no. 127, Home Office, London, 2000, p. 47; STONE/PETTIGREW, *The Views of the Public on Stops and Searches,* Police Research Series no. 129, Home Office, London, 2000, pp. 12-15; WITZER/TUCH, «Perceptions of Racial Profiling Race, Class, and Personal Experience», *Criminology*, vol. 40, 2002, p. 449; BOWLING/PHILLIPS, in NEWBURN (ed.), *Handbook of policing*, Willan Publishing, London, 2003, p. 13; WAGMAN, *Perfil Racial en España: investigaciones y recomendaciones,* Grupo de Estudios y Alternativas GEA 21, 2005, p. 34; MILLER/GOUNEV/PAP/WAGMAN, «Racism and police stops: adapting US and British debate to continental Europe», *European Journal of Criminology*, vol. 5-61, 2008, pp. 182-183; AMNESTY INTERNATIONAL, *Parad el racismo, no las personas. Perfiles raciales y control de la inmigración en España,* 2011, p. 5; BOROOAH, «Racial Disparity in Police Stop and Searches in England and Wales», *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 27-4, 2010, pp. 453-473.

[32] COCHRAN/WARREN, «Racial, Ethnic, and Gender Differences in Perceptions of the Police: The Salience of Officer Race Within the Context of Racial Profiling», *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 28, 2011, pp. 206-227.

[33] HART, *Doing a literature review*, Sage Publications, London, 1998; GOUGH/OLIVER/THOMAS, *An Introduction to Systematic Reviews*, Sage Publications, London, 2017.

regional or local level), from 2000 onwards, with a rigorous selection of a sample that was adequate for the type of design needed. These criteria are very broad, but given the limited number of studies on this topic in Spain, we had to be flexible. In order to find such studies, we searched through the SCOPUS, ProQuest and Google Scholar platforms by using the following keywords: police stop, police search, racial profiling and Spain.

For objective 1, the search focused on studies that had analysed discrimination in police stops as documented by administrative data or stop forms.

For objectives 2 and 3, a selection was made of studies analysing the perception of citizens belonging to minority groups around two pillars: police treatment and the psychological and/or social impact arising from such treatment. Here the analysis focuses on subjective discrimination, i.e., the perception which the person has about his/her own discrimination. These studies typically used surveys, personal interviews and direct observation of the police stops. They analysed questions such as whether respondents perceived the stop as discriminatory or inappropriate; if the police stop was due to ethnic or race reasons; if the police was respectful; the psychological and/or social impact of said actions, such as feelings of lack of belonging and loss of trust in the police institution.

3.1. Sample of studies

The inclusion criteria were fulfilled by 32 scientific studies, including the different waves or barometers of surveys carried out regularly (European Social Survey -ESS-, *Metroscopia* barometers and reports from the European Union Agency for Fundamental Rights -FRA-). These included academic sources as well as reports from the government and third-sector organisations. As shown in the table below, these have been classified by chronological order and research objectives. Most studies focused on Objectives 2 and 3 (n=27), used surveys (through personal and/or telephone interviews), with very large and representative samples, and had a national scope.

The use of surveys has facilitated the quantification and comparison of many indicators, especially between the ESS and the FRA, or between the study by García-Añón et al.[34], the ESS and the *Metroscopia* barometers, since they used verifiable variables or questions. However, this hinders the unstructured exploration of citizens' perceptions since it gives no room for a richer and more informal discourse to emerge. This is especially important as regards gaining knowledge of other types of impact (emotional).

There is also a smaller number of qualitative studies (with direct or participant observation, discussion groups and unstructured interviews) and, among them, those by Wagman (2005) and APDHA & IPAZ-UGR (2016)[35]. However, these qualitative studies have not been published in peer review journals, lack detail as regards methodology, and it is sometimes unclear how the

[34] García-Añón/Bradford/García-Sáez/Gascón-Cuenca/Llorente-Ferreres, *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, Colección «Derechos Humanos», no. 22, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

[35] Wagman, *Perfil Racial en España: investigaciones y recomendaciones,* Grupo de Estudios y Alternativas GEA 21, 2005; Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía -APDHA-, Instituto de la Paz y los Conflictos de la Universidad de Granada -IPAZ-UGR-, *Identificaciones basadas en perfil étnico en Granada. Estudio realizado mediante observación y entrevistas directas,* 2016.

conclusions are supported by data[36]. There are other reports published by the Neighborhood Human Rights Observation Brigades (*Brigadas Vecinales de Observación de los Derechos Humanos*) that are often cited in Spain. However, their scientific rigour is poor, so we decided to exclude them from our review. There is limited evidence from administrative sources about the level of disproportion in police stops. However, the STEPSS (Strategies for Effective Police Stop and Search)[37] and PIPE (Program for Effective Police Identification)[38] projects, as well as the work of López-Riba[39], with data provided by the police[40], are an exception. All of them had a local scope and constitute a small sample of works, considering that Spain has more than 2,000 local police forces.

Table 1. Selection of scientific and empirical studies by inclusion criteria and research objectives

	Method			**Tools**				**Level**			**Population**	
	Quantitative	Qualitative	Mixed	Stop forms	Surveys	Interviews	Focus groups	Local	Regional	National	Any nationality	Specific groups
OBJECTIVE 1 **Data generated by the police services**												
Schmitt/Pernas. STEPSS Project (Strategies for Effective Police Stop and Search). 2008.			X	X		X	X	X			X	
García-España/Arenas-García/Miller. 2016. PIPE Project (Program for Effective Police Identification).			X	X		X	X	X			X	
López-Riba, 2019, 2021.	X								X		X	
OBJECTIVES 1, 2 & 3 **Data from citizens' experiences and perceptions**												
ESS, 2002-2018.	X				X					X	X	
Colectivo IOÉ/FSG, 2003.	X				X				X			X
Wagman/Grupo de Estudios y Alternativas 21 (GEA21), 2005.		X				X	X	X			X	
Metroscopia, 2006-2010.	X				X					X		X

[36] APDHA/IPAZ-UGR-, *Identificaciones basadas en perfil étnico en Granada. Estudio realizado mediante observación y entrevistas directas*, 2016, p. 27.

[37] Schmitt/Pernas, *Pasos hacia la igualdad. El proyecto STEPSS*, Grupo de Estudios y Alternativas 21, 2008.

[38] García-España/Arenas-García/Miller, *Identificaciones policiales y discriminación racial en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

[39] López-Riba, *Las identificaciones policiales en España: un análisis crítico desde la Criminología* (Doctoral Thesis). Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2020; López-Riba, «Distributive justice and police legitimacy: the demographic and geographical distribution of police ID checks in Spain», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 16-31, 2021, pp. 146-163.

[40] STEPSS and PIPE collected data from stop forms and López-Riba from the police internal computerized records.

FRA, 2009a; 2009b; 2010.	X				X					X	X	
Tamarit-Sumalla et al., 2011.	X				X				X			X
RED2RED, 2011.			X		X	X	X			X		X
RED2RED, 2012.			X		X	X	X			X		X
García-Añón et al., 2013.	X				X					X	X	
QUOTA Research, 2014.			X		X	X	X			X	X	
APDHA/IPAZ-UGR, 2016.			X		X	X		X				X
FRA, 2018; 2021.	X				X					X	X	
García-España/ Aguilar-Jurado/ Contreras-Román. 2020. DIA Project (Delincuencia de Inmigrantes Asentados).	X				X			X				X

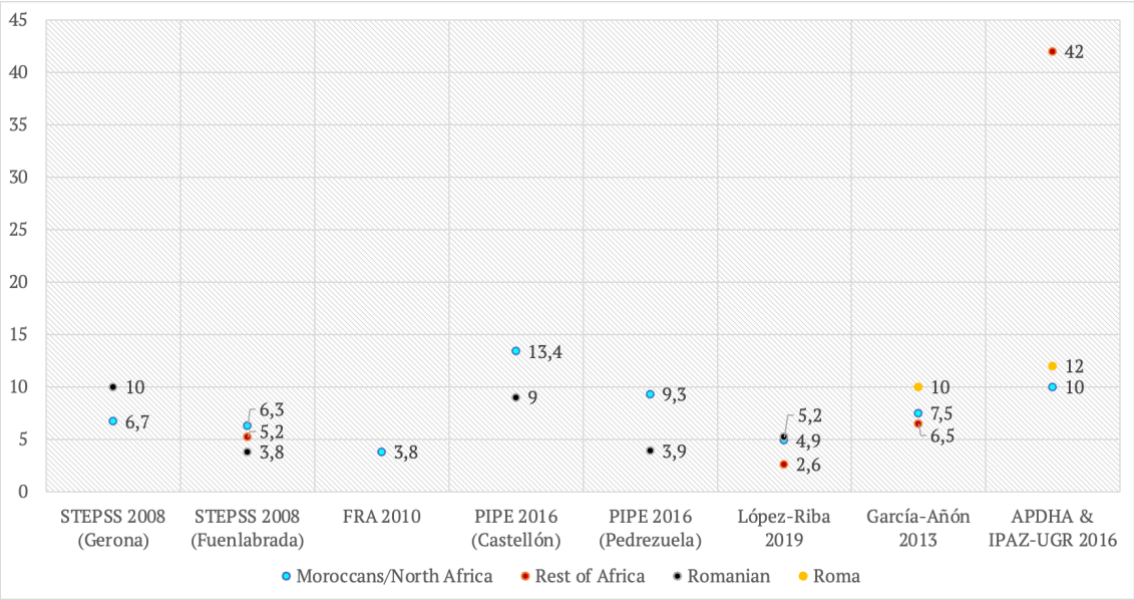
4. Results

4.1. Disproportion in police stops

Disproportionality is measured in three different ways in these studies. Those that rely on police data are focused on disproportionality among national groups, given official data only measure nationality (STEPSS, PIPE and López-Riba). Others, like the FRA survey, focuses on disproportionality in relation to migrant groups (first and second generation). Whereas a final group uses ethnicity/race as self-defined in surveys or observed in systematic observation studies as the key criteria to assess disproportionality (García-Añón and APDHA & IPAZ-UGR). Therefore, results are not directly comparable, but capture different aspects of what it is a complex phenomenon.

As we can see in the figure below, people from minority groups are stopped in Spain to a greater extent than people from the majority population, as evidenced by data collected by the police services, surveys administered to citizens and participant observation. Regarding the former and the graph below, the STEPSS and PIPE programmes, as well as the study carried out by López-Riba, show that people from North Africa, Sub-Saharan Africa and Eastern European countries are more likely to be subject to stops for identification purposes than native people. In particular, Moroccans were 6.3 times more likely to be subject to police stops in the city of Fuenlabrada (Madrid) and 6.7 times in Girona, while in Castellón and Pedrezuela (Madrid) these figures reached 13.4 and 9.3, respectively. López-Riba found a disproportion of 4.9 in the region of Catalonia as regards stops of Moroccan citizens. With respect to Sub-Saharan Africans, the imbalance for this group was clear in Fuenlabrada (5.2 in the case of Nigerians), although in Girona, Castellón, Pedrezuela and Catalonia, the greatest disproportionality occurred within the group of Romanians (10, 9, 3.9 and 5.2).

Figure 1. Disproportion in police stops by minority group and study



Likewise, this disproportionality in police stops has also been reported in surveys by citizens recounting their experience. The 2009 FRA survey on Muslims showed «higher rates of policing towards Muslims of North African origin»[41]. According to the 2010 FRA survey, North Africans were the minority group that reported a higher average frequency of stops in the last 12 months compared to the majority population (3.8 versus 2.8 on average). The RED2RED and QUOTA Research studies pointed in the same direction. Between 25% and 36% of those people declared they had been identified on the street due to their ethnic origin. These situations were perceived more strongly by populations of Sub-Saharan (55% in 2011 and 43% in 2012 and 2014), the Maghreb (46% in 2010 and 25% in 2014) and Indo-Pakistani origin (36% in 2011 and 31% in 2014). García-Añón et al.[42] detected that, although citizens from the Maghreb were stopped more often than other minority groups and Spanish Caucasians, that is, up to 7.5 times more frequently, Roma reported being stopped up to 10 times more. Finally, an innovative study carried out in Granada[43] by applying systematic observation for a month in a bus station, concluded that the frequency of identification stops of minority groups was significantly different to those of people from the Caucasian group. The study stated that Africans were stopped 42 times more often, Roma 12 times and Moroccans 10 times more.

In addition, it should be noted that, in FRA 2010, the majority population is more frequently identified in a private vehicle (70%) than Romanians (39%), South Americans (23%) and North Africans (16%). And on the contrary, those most frequently stopped in public transport or on the street are North Africans (81% in FRA 2010; 40% in FRA 2018), South Americans (71% in FRA 2010) and Roma (40% in FRA 2018).

---

[41] FRA, *Informe «Data in Focus». Los musulmanes*, Viena, 2009b, p.14.

[42] García-Añón/Bradford/García-Sáez/Gascón-Cuenca/Llorente-Ferreres, *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, Colección «Derechos Humanos», no. 22, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

[43] Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía -APDHA-, Instituto de la Paz y los Conflictos de la Universidad de Granada -IPAZ-UGR-, *Identificaciones basadas en perfil étnico en Granada. Estudio realizado mediante observación y entrevistas directas,* 2016.

4.2. Perceptions about police action or treatment

Minority groups perceive discrimination for being stopped because of their physical appearance (for racial or ethnic reasons) and for being treated with disrespect during the stop. All the studies carried out in Table 2 show that there were police stops perceived as discriminatory for racial or ethnic minority reasons. The proportion of respondents who answered «yes» to this question ranges between 13%[44] and 39% for those studies that provide this information.

Some reports, as RED2RED[45] and QUOTA Research[46], showed that the most frequent area of discrimination and where immigrants were perceived as more potential victims - and with a more unequal treatment - was the police domain compared to perceived discrimination in other areas such as housing, education, health, local administration and the neighborhood. They are also the only ones to provide more detailed information about experiences of discrimination according to sex and age. As we can see in the table below, the differences by sex were more significant, i.e., men perceived that they were treated as criminals by the police more often than women. It was also detected that people between 25 and 40 years old and those who had been living in Spain the longest, that is, 10 years or more (46% in 2011, 40% in 2012 and 26% in 2014), had felt more discriminated against. As regards the experiences of discrimination suffered according to minority groups, in the table below we can see the percentage of each group that has reported being stopped for racial reasons. It seems that people from North Africa, especially Morocco, and from Sub-Saharan countries, together with the Roma community are the most stigmatised groups and they also report more disrespect during stops. As per religion, Muslims felt they were treated worse than Christians and other religions[47]. These results are in line with the studies by *Metroscopia*[48] and FRA[49].

However, a disrespectful treatment was also perceived at times other than during the police stop, specifically when filing a complaint. The RED2RED and QUOTA Research studies pointed out that 7% of respondents reported that they were treated badly when they went to the police station to carry out any procedure or file a complaint, particularly when it comes to the Sub-Saharan, Maghreb, Roma and Indo-Pakistani population[50]. In addition, most people (41% in 2010

---

[44] However, the study of METROSCOPIA (2011), showed data that were somewhat more positive, since only 13% of the immigrant respondents had ever felt discriminated against by the authorities or the police due to being Muslim or immigrants (2011, p. 91), although the non-response rate was very high (30%).

[45] RED2RED, *Panel sobre discriminación por origen racial o étnico (2010): la percepción de las potenciales víctimas*. Study made by RED2RED for the Ministry of Health, Social Policy, and Equality, Madrid, 2011; RED2RED, Estudio anual sobre la discriminación por el origen racial o étnico: la percepción de las potenciales víctimas 2011. Study made by RED2RED for the Ministry of Health, Social Policy, and Equality, Madrid, 2012.

[46] QUOTA RESEARCH, *Percepción de la discriminación por le origen racial o étnico por parte de las potenciales víctimas en 2013*. Study made by QUOTA RESEARCH for the Ministry of Health, Social Policy and Equality, Madrid, 2014.

[47] GARCÍA-AÑÓN/BRADFORD/GARCÍA-SÁEZ/GASCÓN-CUENCA/LLORENTE-FERRERES, *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, Colección «Derechos Humanos», no. 22, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 156.

[48] METROSCOPIA, *Valores, actitudes y opiniones de los inmigrantes de religión musulmana. Quinta oleada del Barómetro de Opinión de la Comunidad Musulmana de origen inmigrante en España*, Madrid, 2011.

[49] FRA, *Informe «Data in Focus» . Los musulmanes*, Viena, 2009b.

[50] RED2RED, *Panel sobre discriminación por origen racial o étnico (2010): la percepción de las potenciales víctimas*, Study made by RED2RED for the Ministry of Health, Social Policy and Equality, Madrid, 2011, pp. 66-67; QUOTA RESEARCH, *Percepción de la discriminación por le origen racial o étnico por parte de las potenciales víctimas en 2013*. Study made by QUOTA RESEARCH for the Ministry of Health, Social Policy and Equality, Madrid, 2014, p. 79.

and 32% in 2011) said that «to make a complaint would be useless or would not change anything», which shows demotivation, probably due to the lack of credibility given to the complaint processes, the rejection experienced, or the abuse perceived in general terms[51]. Finally, in the FRA 2021 study[52], it is indicated that the Roma population perceives disrespectful treatment to a greater extent than the majority population and the North African population.

Table 2. Perceptions of discrimination experiences in police stops, and during police stops (treatment), by sex, age and minority group.

	Police stops due to the racial or ethnic profiling				**Disrespectful treatment**
	Total	Sex	Age	Minority group	
Colectivo IOÉ/FSG, 2003.	Yes (20-30%)	Male	(-)	Ecuadorians (42%) and Moroccans (33%) and Roma (34%).	(-)
FRA, 2009a; 2009b.	Yes	(-)	(-)	North Africans (around 73% and 72%)	(-)
FRA, 2010.	Yes	(-)	(-)	North Africans (42%), South Americans (25%) and Romanians (18%).	Majority population (25%), North Africans (23%) and South Americans (16%).
RED2RED, 2011.	Yes (39%)	Male 56% Female19%	25-40 (45%)	Sub-Saharan Africans (55%) and Roma (37%).	(-)
RED2RED, 2012.	Yes (34%)	Male 46% Female 19%	25-40 (37%)	Sub-Saharan Africans (44%), North Africans (37%) and South Americans (37%).	Sub-Saharan, Maghreb, Roma and Indo-Pakistani
García-Añón et al., 2013	Yes (13%)	(-)	(-)	(-)	4 out of 10 Moroccans, Muslims (per religion), 4 and 5 out of 10 Moroccans and «other Africans» (per country), 4 out of 10 Maghreb community and Roma (per ethnic appearance)
QUOTA Research, 2014	Yes (28%)	Male 34% Female 15%	25-40 (26%)	Sub-Saharan Africans (44%), Roma (36%), North Africans (27%) and South Americans (33%).	Roma (69%), South Americans (57%) and Sub-Saharans (52%).
APDHA/ IPAZ-UGR, 2016	Yes (38%)	(-)	(-)	(-)	21%
FRA, 2018	Yes	(-)	(-)	North Africans (47%) and Roma (46%).	(-)
FRA, 2021	Yes	(-)	(-)	North Africans (47%) and Roma (46%).	Roma (26%), North Africans (15%) and majority population (16%).

[51] RED2RED, *Panel sobre discriminación por origen racial o étnico (2010): la percepción de las potenciales víctimas*. Study made by RED2RED for the Ministry of Health, Social Policy, and Equality, Madrid, 2011, pp. 69 and 97 ss.

[52] FRA, *Your rights matter: Police stops, Fundamental Rights Survey*, Luxembourg, 2021, p. 18.

4.3. Consequences of police discrimination

According to the theory of procedural justice, the police treatment received modulates citizen attitudes towards them, and places particular emphasis on trust, legitimacy and cooperation. Consequently, many of the selected studies have addressed these issues to a lesser or greater extent. In the work of Colectivo IOÉ[53] it was determined that all the groups under study had an average trust in the police of 2 points (with 1 being «no trust» and 4 «full confidence»). Colombians showed the highest percentages (36%), and Ecuadorians the lowest (22%), in «great or full confidence in the police». This result is in line with the study by TAMARIT-SUMALLA ET AL.,[54] which revealed that the Colombian immigrant population had a positive assessment of the police, giving them «quite a lot of trust» (around 45%) and «great confidence» (around 15%).

Responses from the Muslim immigrant population also indicated an average trust for the whole period of 6.1 points in the police (ratings being between 0 «no trust» and 10 «full confidence»)[55]. Similar values were also found in FRA 2010 report. The percentage of groups declaring that they «generally trusted» the police was similar among North Africans (52%), South Americans (63%), Romanians (67%) and the majority population (62%). Thus, in the FRA 2018 survey, it was detected that, as regards trust in both the police and the legal system, North Africans in Spain were the group with the most confidence towards the police as compared to the remaining countries of the sample (6.6 and 6.1 points out of 10, respectively).

However, the aforementioned values are lower if we compare the 2010 data with the ESS data from 2002 to 2018. In the FRA 2010 report there is a greater mistrust of the stopped persons towards the police, this being the main reason for not reporting incidents (48%)[56]. However, there are many other reasons for this, as reflected in the RED2RED studies, like, for example: reporting would be useless (41%), too many inconveniences such as bureaucracy and expenses (10%), mistrust of the police (8.9%), problems with the language (4%), not knowing where or how to do it (3%)[57]. All the above means that the police does not pay attention to what is reported, that the person in particular did not want to use this resource and that the group or ethnic group itself does not report incidents («Roma do not report»)[58]. Although hardly any differences were found in the results of the 2012 RED2RED report, the latter included an analysis of the consequences experienced due to discrimination, and it is striking that physical after-effects increase among those who say they have been discriminated against by police treatment (9.5%)[59]. In addition, out of the 20.9% of respondents who acknowledged having suffered some consequences arising

---

[53] COLECTIVO IOÉ, *Experiencias de Discriminación de Minorías Étnicas en España contra inmigrantes no comunitarios y el colectivo gitano*, 2003.

[54] TAMARIT-SUMALLA/LUQUE-REINA/GUARDIOLA-LAGO/SALINERO-ECHEVERRÍA, «La victimización de migrantes. Una encuesta a colombianos en Cataluña», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 13-11, 2011, pp. 1-22.

[55] METROSCOPIA, *Valores, actitudes y opiniones de los inmigrantes de religión musulmana. Quinta oleada del Barómetro de Opinión de la Comunidad Musulmana de origen inmigrante en España*, Madrid, 2011, p.51.

[56] FRA, *Informe «Data in Focus». Identificaciones Policiales y Minorías*, Viena, 2010, pp. 14-16.

[57] RED2RED, *Panel sobre discriminación por origen racial o étnico (2010): la percepción de las potenciales víctimas*. Study made by RED2RED for the Ministry of Health, Social Policy, and Equality, Madrid, 2011, p. 97.

[58] RED2RED, *Panel sobre discriminación por origen racial o étnico (2010): la percepción de las potenciales víctimas*. Study made by RED2RED for the Ministry of Health, Social Policy, and Equality, Madrid, 2011, p. 98.

[59] RED2RED, Estudio anual sobre la discriminación por el origen racial o étnico: la percepción de las potenciales víctimas 2011. Study made by RED2RED for the Ministry of Health, Social Policy, and Equality, Madrid, 2012, p. 97.

from discrimination, 14% showed mistrust towards the Spanish population and the police as the most common consequence, 11.8% refer having feelings of rage, anger and indignation, and 11.7% of them claim to suffer from depression and other psychological after-effects[60].

In the study by García-Añón et al.[61], which not only addresses issues of trust, but also of legitimacy and cooperation, it was noted that neutral or unsatisfactory stops were more associated with low levels of trust, especially in the recent stop. Furthermore, trust tended to be lower in the majority population than in the remaining minority groups, with the exception of the Roma community. In the FRA 2018 report[62] it was also pointed out that Spanish Roma citizens experienced greater mistrust towards the police and the legal system as compared to Roma from other countries (3.7 and 3.2 points out of 10). In order to explain why the majority population shows more mistrust towards the police, the authors stated that such findings could be due to the «ecological fallacy». This means not assuming that the average level of a variable (trust in the police) within a specific group will necessarily show the experience of a minority of that group, that is, those stopped on the street. In other words, this occurs when we make inferences about the characteristics of individuals based on the inferences that are made at the group level.

With regard to legitimacy, once again, people of Spanish nationality perceived that the values of the police were less in tune with theirs, with little change in the remaining groups, again with the exception of the Roma community, who had lower scores. The authors explain this fact by referring to the moral and social conservatism of the police in past times - with repression and lack of freedom - which would make Spaniards less identified with these values.

On the contrary, the group from Romania gave greater legitimacy to the police. According to the study of García-Añón et al.[63], this may be due to the fact that in their country of origin the police provides a worse service, and also due to the strong association between trust and legitimacy. In addition, it was detected that satisfactory stop experiences are associated with higher levels of legitimacy and, on the contrary, a neutral or unsatisfactory encounter correlates with lower levels of legitimacy. Data showed that when there is an experience of injustice, the willingness to cooperate with the police is impaired, and vice versa, among those people who experience recent and satisfactory stops, cooperation was somewhat higher, and this happened in all groups.

Finally, thanks to the DIA project[64], we know that trust in the police is lower in settled immigrants who had committed a prior crime. They believe that police treatment of ethnic minorities is worse (77% versus 23% of those without a criminal record), and also as regards

---

[60] QUOTA Research, *Percepción de la discriminación por le origen racial o étnico por parte de las potenciales víctimas en 2013*. Study made by QUOTA Research for the Ministry of Health, Social Policy and Equality, Madrid, 2014, p. 109.

[61] García-Añón/Bradford/García-Sáez/Gascón-Cuenca/Llorente-Ferreres, *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, Colección «Derechos Humanos», no. 22, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 177-214.

[62] FRA, *Informe «Second European Union Minorities and Discrimination Survey. Main results»*, Viena, 2018, pp. 100-101.

[63] García-Añón/Bradford/García-Sáez/Gascón-Cuenca/Llorente-Ferreres, *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, Colección «Derechos Humanos», no. 22, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 177-214.

[64] García-España/Aguilar-Jurado/Contreras-Román, «Settled immigrants in the city of Malaga: local host context and crime», *International e-Journal of Criminal Sciences*, vol. 1-15, 2020, pp. 17-18.

justice (80% versus 20% of those without a criminal record). This allowed to corroborate that settled immigrants who had committed a crime think that the police and criminal justice do not act by using objective criteria, but rather with racial prejudice.

5. Conclusion

According to our review, police stops are carried out in Spain on the basis of racial profiling. This is a frequent and disproportionate practice, as has been verified by the analysis of data generated by the police in the framework of specific programmes (STEPSS and PIPE), as well as through the exploitation of secondary sources of information[65]. Besides, this disproportion is widely perceived by specific groups in terms of the results provided by various and successive national and international surveys whose subject matter is discrimination, police treatment and their consequences. Those surveys have made it possible to verify, almost year-on-year, the occurrence and perception of unfair police treatment. Among the hardest hit by such actions were people from North Africa, Sub-Saharan Africa, Eastern European countries and the Roma community. In other words, those with an Arab, black or Roma appearance are and feel more discriminated against by the police.

Besides, inappropriate treatment affected more men than women, between the ages of 25 and 40, who had been living longer in Spain and had, therefore, been exposed to increased opportunities for victimisation. In addition to the above, most of the police stops of people from minority groups take place on the street - unlike that of the majority population - which further stigmatises the former, due to the presence of other pedestrians. That is to say, this contributes to a great extent to the creation and maintenance of prejudices that criminalise the minority population. They also suffered more police searches attributable to discrimination.

Consequences of police discrimination analysed through the lens of procedural justice theory showed they had a more negative impact on individuals who had been or perceived to have been stopped due to racial reasons. These were analysed with regard to trust, legitimacy and cooperation. People that had been stopped in what they perceived as a discriminatory way had less confidence to report crimes because they considered that it was useless, there was too much bureaucracy involved or simply due to mere mistrust of the police. Furthermore, a neutral or unsatisfactory encounter with the police correlated with lower levels of perceived legitimacy.

Also, data showed that when there is an experience of injustice, the willingness to cooperate with the police is impaired, and vice versa, among those people with experiences of recent and satisfactory stops, cooperation was somewhat higher. In fact, we know little about the meaning people give to correct or incorrect treatment, and what other physical, psychological, family, work, etc. impact can be provoked by this type of discriminatory behaviour.

This lack of knowledge is due to the scarce empirical evidence from rigorous studies that apply more qualitative research methods, such as: unstructured in-depth interview, direct and participant observation, discussion groups, etc. In any case, thanks to the data provided by the surveys, we can conclude that people from diverse groups that are stopped for discriminatory reasons trust and cooperate less when filing a complaint about their own victimisation or any

[65] LÓPEZ-RIBA, *Las identificaciones policiales en España: un análisis crítico desde la Criminología* (Doctoral Thesis). Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2020.

other crimes which they may have witnessed. All the above results are consistent with those already obtained by various authors[66].

6. Recommendations

Based on the review of the existing literature, and considering its limitations and shortcomings, a series of good practices are proposed in order to improve police treatment, citizens trust and cooperation, as well as legitimacy of the police force. They are aimed at three actors: agents who carry out studies from the academic or professional sphere on perceptions about the police; police services; and representatives of the diverse community.

Regarding the former, it is necessary to develop more qualitative studies that complement the quantitative methodologies commonly used, which have been replicated over time (questionnaires or surveys), in order to gather richer information about experiences on police treatment, particularly at stops. With respect to the police services, it has been proved that the STEPSS and PIPE experiences, along with others of a similar nature, have contributed to the academic world - and especially to praxis – with a series of good practices and recommendations in order to guide the police management of diversity.

The *first one* recommendation has to do with meeting the needs of a diverse society, analysing their level of satisfaction with police services and their level of trust. For example, by conducting surveys and interviews with key community representatives.

The *second* key issue would be the improvement of relations with the diverse society, recognising that their effective participation is the most important proof of their trust in the police. In this sense, it would be very positive to improve the understanding and information which the police have regarding the diverse society - through training actions - and then to develop strategies for participation with the community. The aim is to ensure that the proposed activities meet the needs of minority groups while promoting mutual participation. For example, it is important to keep in touch with the associative network entities in order to prevent radicalised positions and shared stereotypes, by providing information on the actions that are being carried out, as a way of lending transparency and legitimacy to the police service.

The *third* is related to developing a work and an organisational culture that are inclusive, that recognise respect for and value of diversity. To this end, it is vital to incorporate agents from minority groups and to train the entire police staff. However, the mere incorporation of those agents would not only bring benefits, but a real career progression and future, where they may reach specialised positions and thus enrich the vision of the police. Similarly, it would be essential to train the entire the police force in matters of diversity. This last aspect is vital, in

[66] MILLER/BLAND/QUINTON, «The Impact of Stops and Searches on Crime and the Community», *Police Research Series*, no. 127, 2000, p. 47; STONE/PETTIGREW, *The Views of the Public on Stops and Searches,* Police Research Series no. 129, Home Office, London, 2000, pp. 12-15; WITZER/TUCH, «Perceptions of Racial Profiling Race, Class, and Personal Experience», *Criminology*, vol. 40, 2002, p. 449; BOWLING/PHILLIPS, in NEWBURN (ed.), *Handbook of policing*, Willan Publishing, London, 2003, p. 13; WAGMAN, *Perfil Racial en España: investigaciones y recomendaciones,* Grupo de Estudios y Alternativas GEA 21, 2005, p. 34; MILLER/GOUNEV/PAP/ WAGMAN, «Racism and police stops: adapting US and British debate to continental Europe», *European Journal of Criminology*, vol. 5-61, 2008, pp. 182-183; AMNESTY INTERNATIONAL, *Parad el racismo, no las personas. Perfiles raciales y control de la inmigración en España,* 2011, p. 5; BOROOAH, «Racial Disparity in Police Stop and Searches in England and Wales», *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 27-4, 2010, pp. 453-473.

view of the cross-cutting nature of education and its capacity to permeate the police structure, thus promoting a cultural change that, in the medium and long term will generate positive impact on society as a whole.

In this vein, existing studies[67] suggest that it is necessary to adapt police training programmes and encourage training among younger agents because they tend to be more open than older ones to these actions. The latter consider it a waste of time or an informal punishment. In the same way, evaluating the acquisition of knowledge before and after such training would be effective.

The *fourth* key issue is accountability for the actions performed. Control and monitoring of diversity management is considered an institutional matter that calls for the creation of specific bodies that are competent in this area, or collaborating with public bodies that are already consolidated and have similar objectives, as well as establishing evaluation programmes.

Finally, it would be advisable for representatives of the diverse society, as well as the associative network that works with them, to promote more activities together with the police services. In other words, for diverse society to maintain a more proactive and participative attitude towards the police, seeking forums for interaction that foster mutual contact. By way of example: joint training activities, celebrations or other collaborative events, disseminating reciprocal information, greater communication of the needs and opinions of minority groups, etc.

7. References

AJA, Eliseo/CARBONELL, Francesc/COLECTIVO IOÉ/FUNES, Jaume/VILA, Ignasi, *La inmigración extranjera en España. Los retos educativos,* Fundación La Caixa, Barcelona, 1999.

AMNESTY INTERNATIONAL, *Parad el racismo, no las personas. Perfiles raciales y control de la inmigración en España,* 2011. Available at [last time viewed: July 8, 2022] https://doc.es.amnesty.org/ms-opac/search?fq=mssearch_fld13&fv=EUR4101111

APDHA -ASOCIACIÓN PRO-DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA-/IPAZ-UGR -INSTITUTO DE LA PAZ Y LOS CONFLICTOS DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA-, *Identificaciones basadas en perfil étnico en Granada. Estudio realizado mediante observación y entrevistas directas,* 2016. Available at [last time viewed: July 8, 2022]: https://www.apdha.org/identificaciones-policiales-basadas-en-perfil-etnico-en-granada/

BARON, Robert/BYRNE, Donn, *Psicología social,* 10ª Edición, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2011.

BEN-PORAT, Guy, «Policing multicultural states: lessons from the Canadian model», *Policing and Society*, vol. 18-4, 2008, pp. 411-425.

[67] GLENN/PANITCH/BARNES-PROBY/WILLIAMS/CHRISTIAN/LEWIS/GERWEHR/BRANNAN, *Training the 21st Century Police Officer: Redefining Police Professionalism for the Los Angeles Police Department*, Rand Corp, EEUU, 2003; GOULD, «Can an old dog be taught new tricks? Teaching cultural diversity to police officers», *Policing*, 20-2, 1997, pp. 339-356; GROSSMAN/BRUCK/STEPHENSON/DWYER/ROOSE, *Learning to engage. A Review of Victoria Police Cross-Cultural Training Practices,* Victoria University, EEUU, 2013; HMIC-HER MAJESTY'S INSPECTORATE OF CONSTABULARY'S-, *Diversity matters*, 2003.

BRADFORD, Ben/JACKSON, JONATHAN/STANKO, ELIZABETH, «Contact and confidence: revisiting the impact of public encounters with the Police: Erratum», *Policing and Society*, vol. 19-2, 2009, pp. 191–197.

BRADFORD, Ben/JACKSON, Jonathan, «Trust and Confidence in the Police: A Conceptual Review», *SSRN Electronic Journal*, 2010.

BOBO, Lawrence, «Whites' opposition to busing: Symbolic racism or realistic group conflict?», *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 45, 1983, pp. 1196-1210.

BOROOAH, Vani, «Racial Disparity in Police Stop and Searches in England and Wales», *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 27-4, 2010, pp. 453-473.

BOWLING, Ben/PHILLIPS, Coretta, «Policing ethnic minority communities», in NEWBURN (ed.), *Handbook of policing*, Willan Publishing, London, 2003, pp. 528-555.

BOWLING, Ben/PHILLIPS, Coretta, «Disproportionate and Discriminatory: Reviewing the Evidence on Police Stop and Search», *The Modern Law Review*, vol. 70, 2007, pp. 936-961.

COCHRAN, Joshua/WARREN, Patricia, «Racial, Ethnic, and Gender Differences in Perceptions of the Police: The Salience of Officer Race Within the Context of Racial Profiling», *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 28, 2011, pp. 206-227.

COLECTIVO IOÉ, *Experiencias de Discriminación de Minorías Étnicas en España contra inmigrantes no comunitarios y el colectivo gitano,* 2003. Available at [last time viewed: July 8, 2022] https://www.colectivoioe.org/uploads/edb969a5b5bb4f6aaf3f9afb865cf396533d9315.pdf

DOMINGO, Andreu/BLANES, Amand, «Inmigración y emigración en España: estado de la cuestión y perspectivas de futuro», *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2015, pp. 91-122.
Available at [last time viewed: July 8, 2022] https://raco.cat/index.php/AnuarioCIDOBInmigracion/article/view/312788

FRA -EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS-, *Breve descripción e EU-MIDIS. Introducción a la Encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación*, Viena, 2009a, Viena, 2009a. Available at [last time viewed: July 8, 2022] https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/414-EU-MIDIS_GLANCE_ES.pdf

FRA -EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS-, *Informe «Data in Focus». Los musulmanes*. Viena, 2009b. Available at [last time viewed: July 8, 2022] https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/448-EU-MIDIS_MUSLIMS_ES.pdf

FRA -EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS-, *Informe «Data in Focus». Identificaciones Policiales y Minorías*, Viena, 2010. Available at [last time viewed: July 8, 2022] https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/a3ea7196-b560-4bdc-9e0f-8f2777d80051

FRA -EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS-, *Informe «Second European Union Minorities and Discrimination Survey. Main results»,* Viena, 2018. Available at [last time viewed: July 8, 2022] https://fra.europa.eu/en/publication/2017/second-european-union-minorities-and-discrimination-survey-main-results

FRA -EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS-, *Your rights matter: Police stops, Fundamental Rights Survey,* Luxembourg, 2021. Available at [last time viewed: July 8, 2022] https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-fundamental-rights-survey-police-stops_en.pdf

FRANKO AAS, Katja, «"Crimmigrant" bodies and bona fide travelers: Surveillance, citizenship and global governance», *Theoretical Criminology*, vol. 15-3, 2010, pp. 331-346.

FSG -FUNDACIÓN SECRETARIADO GITANO-, *Mapa sobre vivienda y comunidad gitana en España 2007,* 2008. Available at [last time viewed: July 8, 2022] https://www.gitanos.org/upload/28/77/mapa01.pdf

GARCÍA-AÑÓN, José/BRADFORD, Ben/GARCÍA-SÁEZ, José Antonio/GASCÓN-CUENCA, Andrés/LLORENTE-FERRERES, Antoni, *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, Colección «Derechos Humanos», no 22, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GARCÍA-ESPAÑA, Elisa/ARENAS-GARCÍA, Lorea/MILLER, Joel, *Identificaciones policiales y discriminación racial en España,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GARCÍA-ESPAÑA, Elisa/AGUILAR-JURADO, Juan Antonio/CONTRERAS-ROMÁN, María, «Settled immigrants in the city of Malaga: local host context and crime», *International e-Journal of Criminal Sciences*, vol. 1-15, 2020, pp. 1-21.

GEPC -GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL-, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y extranjería,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GLENN, Russell/PANITCH, Bárbara/BARNES-PROBY, Dionne/WILLIAMS, Elizabeth/CHRISTIAN, John/LEWIS, Matthew/GERWEHR, Scott/BRANNAN, David, *Training the 21st Century Police Officer: Redefining Police Professionalism for the Los Angeles Police Department*, Rand Corp, EEUU, 2003.

GOUGH, David/OLIVER, Sandy/THOMAS, James, *An Introduction to Systematic Reviews*, Sage Publications, London, 2017.

GOULD, Larry, «Can an old dog be taught new tricks? Teaching cultural diversity to police officers», *Policing*, 20-2, 1997, pp. 339-356.

GROSSMAN, Michele/BRUCK, Dorothy/STEPHENSON, Peta/DWYER, Robyn/ROOSE, Joshua, *Learning to engage. A Review of Victoria Police Cross-Cultural Training Practices,* Victoria University, Melbourne, 2013.

HART, Chris, *Doing a literature review*, Sage Publications, London, 1998.

HEWSTONE, Miles/BOND, Michael/WAN, Kwok-Choi, «Social factors and social attributions: The explanation of intergroup differences in Hong Kong», *Social cognition*, vol. 2, 1983, pp. 142-157.

HMIC -HER MAJESTY'S INSPECTORATE OF CONSTABULARY'S-, *Diversity matters*, 2003. Available at [last time viewed: July 8, 2022] https://www.justiceinspectorates.gov.uk/hmicfrs/media/diversity-matters-full-report-20030201.pdf

HOME DEPARTMENT BY COMMAND OF HER MAJESTY, *The Stephen Lawrence Inquiry. Report of an inquiry by Sir William MacPherson of Cluny.* London, 1999. Available at [last time viewed: July 8, 2022]

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/277111/4262.pdf

JACKSON, Jonathan/POOLER, Tia/HOHL, Katrin/KUHA, Jouni/BRADFORD, Ben/HOUGH, Mike, «Confianza en la Justicia: Resultados principales de la 5.ª edición de la Encuesta social europea», *Serie de resultados principales de la ESE*, no. 1, 2012.

JUDD, Charles/RYAN, Carey/PARK, Bernadette, «Accuracy in the judgment of in-group and out-group variability», *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 61, 1991, pp. 366-379.

LAMBERT, Alan, «Stereotypes and social judgement: The consequences of group variability», *Journal of Personality and Social Psychology,* vol. 68, 1995*,* pp. 388-403.

LINVILLE, Patricia/FISCHER, Gregory, «Exemplar and abstraction models of perceived group variability and stereotypicality», *Social Cognition*, vol. 11, 1989, pp. 92-125.

LÓPEZ-RIBA, José María, *Las identificaciones policiales en España: un análisis crítico desde la Criminología* (Doctoral Thesis). Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2020.

LÓPEZ-RIBA, José María, «Distributive justice and police legitimacy: the demographic and geographical distribution of police ID checks in Spain», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 16-31, 2021, pp. 146-163.

METROSCOPIA, *Valores, actitudes y opiniones de los inmigrantes de religión musulmana. Quinta oleada del Barómetro de Opinión de la Comunidad Musulmana de origen inmigrante en España*, Madrid, 2011. Available at [last time viewed: July 8, 2022] https://www.observatorioreligion.es/upload/55/02/Valores__actitudes_y_opiniones_de_los_inmigrantes_de_religion_musulmana._Quinta_oleada_del_barometro_de_opinion_de_la_comunidad_musulmana_de_or.PDF

MHSPE -MINISTRY OF HEALTH, SOCIAL POLICY AND EQUALITY-, *Diagnóstico social de la comunidad gitana en España. Un análisis contrastado de la Encuesta del CIS a Hogares de Población Gitana 2007*, Madrid, 2011. Available at [last time viewed: July 8, 2022] https://www.aecgit.org/downloads/documentos/516/diagnostico-social-de-la-comunidad-gitana-en-espana.pdf

MILLER, Joel/GOUNEV, Philip/PAP, Andras/ WAGMAN, Daniel, «Racism and police stops: adapting US and British debate to continental Europe», *European Journal of Criminology*, vol. 5-61, 2008, pp. 161-191.

MILLER, Joel/BLAND, Nick/QUINTON, Paul, *The Impact of Stops and Searches on Crime and the Community,* Police Research Series no. 127, Home Office, London, 2000.

MOLINA, Lydia, «¿Cómo actuar ante una redada de inmigrantes sin papeles?», *Periodismo Humano*, (7 de enero de 2011), Available at [last time viewed: July 8, 2022] https://rebelion.org/como-actuar-ante-una-redada-a-inmigrantes-sin-papeles/

NAGIN, Daniel/TELEP, Cody, «Procedural justice and legal compliance: A revisionist perspective», *Criminology & Public Policy*, vol. 19-3, 2020, pp.761-786.

OSJI -OPEN SOCIETY JUSTICE INICIATIVE-/ STOPWATCH. *Viewed with Suspicion the human cost of Stop and Search in England & Wales,* London, 2013. Available at [last time viewed: July 8, 2022]

https://www.justiceinitiative.org/publications/viewed-suspicion-human-cost-stop-and-search-england-and-wales

QUOTA RESEARCH, *Percepción de la discriminación por le origen racial o étnico por parte de las potenciales víctimas en 2013*. Study made by QUOTA RESEARCH for the Ministry of Health, Social Policy and Equality, Madrid, 2014. Available at [last time viewed: July 8, 2022] https://igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es/recursos/publicaciones/2015/documentos/2013_Panel_v_f.pdf

PETTIGREW, Nick, «Racially separateor together?», *Journal of Social Issues*, vol. 24, 1969, pp. 43-69.

RED2RED, *Panel sobre discriminación por origen racial o étnico (2010): la percepción de las potenciales víctimas*. Study made by RED2RED for the Ministry of Health, Social Policy and Equality, Madrid, 2011. Available at [last time viewed: July 8, 2022] https://igualdadynodiscriminacion.igualdad.gob.es/recursos/publicaciones/2011/pdf/2010_panel_discriminacion_consejo_accesible.pdf

RED2RED, *Estudio anual sobre la discriminación por el origen racial o étnico: la percepción de las potenciales víctimas 2011*. Study made by RED2RED for the Ministry of Health, Social Policy, and Equality, Madrid, 2012. Available at [last time viewed: July 8, 2022] https://red2red.net/es/publicaciones/estudio-anual-la-discriminacion-origen-racial-etnico-la-percepcion-las-potenciales-victimas-2011/

SCHMITT, Maggie/PERNAS, Begoña, *Pasos hacia la igualdad. El proyecto STEPSS -Strategies for Effective Police Stop and Search-*, Grupo de Estudios y Alternativas 21, 2008. Available at [last time viewed: July 8, 2022] https://www.gea21.com/archivo/pasos-hacia-la-igualdad-el-proyecto-stepss/

SMITH, Michael/ALPERT, Geoffrey, «Explaining Police Bias: A Theory of Social Conditioning and Illusory Correlation», *Criminal Justice and Behavior*, vol. 34-10, 2007, pp. 1262-1283.

SPENCER, Katherine/CHARBONNEAU, Amanda/GLASER, Jack, «Implicit bias and policing», *Social and Personality Psychology Compass*, vol. 10-1, pp. 50-63.

STONE, Vanessa/PETTIGREW, Nick, *The Views of the Public on Stops and Searches*, Police Research Series no. 129, Home Office, London, 2000.

SUOHAMI, Anna, «Institutional racism and police reform: an empirical critique», *Policing and Society*, vol. 24-1, 2014, pp. 1-21.

TAMARIT-SUMALLA, Josep María/LUQUE-REINA, Eulalia/GUARDIOLA-LAGO, María Jesús/SALINERO-ECHEVERRÍA, Sebastián, «La victimización de migrantes. Una encuesta a colombianos en Cataluña», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 13-11, 2011, pp. 1-22.

TONRY, Michael, *Punishment and politics: Evidence and emulation in the making of English crime control policy*, Willan Publishing, Cullompton, 2012.

TYLER, Tom, *Why People Obey the Law*, Princeton University Press, New Jersey, 2006.

VAN EWIJK, Anne, «Diversity within Police Forces in Europe: A Case for the Comprehensive View», *Policing: A Journal of Policy and Practice*, vol. 6-1, 2011, pp. 1-92.

WAGMAN, Daniel, *Perfil Racial en España: investigaciones y recomendaciones,* Grupo de Estudios y Alternativas GEA 21, Madrid, 2005.

WILLIAMS, Jenny, «Redefining institutional racism», *Ethnic and Racial Studies*, vol. 8-3, 2010, pp. 323-348.

WITZER, Ronald/TUCH, Steven, «Perceptions of Racial Profiling Race, Class, and Personal Experience», *Criminology*, vol. 40, 2002, pp. 435-456.

InDret
3.2022

Nuno Garoupa
George Mason University - Antonin Scalia Law School

Laura Salamero Teixidó
Universitat de Lleida

Adrián Segura Moreiras
Universitat Pompeu Fabra

-

El Consejo de Estado: un análisis empírico sobre los votos separados de sus consejeros

Sumario

-

La toma de decisiones en el Consejo de Estado admite que los consejeros se aparten de la decisión mayoritaria sin necesariamente tener que emitir un voto particular. Esta circunstancia permite aplicar las distintas teorías que explican el disenso en los órganos colegiados, prestando particular atención a las motivaciones que llevan a los consejeros que no concurren con la opinión mayoritaria a emitir un voto particular o no. El estudio toma como muestra el conjunto de todos los dictámenes no unánimes del Consejo de Estado emitidos durante el periodo comprendido entre 2000 y 2008, y explora las causas que llevan a los consejeros a tomar la decisión de emitir un voto particular cuando disienten de la mayoría. El estudio arroja como resultado que el perfil profesional y la edad son los principales factores que condicionan tal decisión.

Abstract

-

The decision-making process in the Council of State (Consejo de Estado) allows for councilors to disagree with the majority opinion without necessarily having to file a separate opinion. This circumstance allows to apply the different theories that explain the dissent in collegial courts and committees, paying particular attention to the motivations that lead the councilors who do not concur with the majority opinion to file a separate opinion or not. The study takes a dataset of all the non-unanimous opinions of the Consejo de Estado issued during the period between 2000 and 2008, and explores the causes that lead the councilors to make the decision to file a separate opinion when they disagree with the majority. The study shows as a result that the professional profile and age are the main factors that influence such a decision.

Title: *The Council of State: an empirical analysis of the councilors' separate opinions*

-

Palabras clave: Consejo de Estado, órgano colegiado, análisis empírico, votos particulares, ideología, perfil profesional, edad.
***Keywords*:** *Council of State, collegiate body, empirical analysis, separate opinions, ideology, professional background, age.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2022.i3.09

InDret

3.2022

Recepción
15/04/2022
-
Aceptación
28/05/2022
-

Índice

-
1. *Introducción*
2. *El Consejo de Estado*
   2.1. Presentación
   2.2. Naturaleza jurídica
   2.3. Estructura orgánica y composición
   2.4. Competencias
   2.5. Funcionamiento
   2.6. Los dictámenes del Consejo de Estado
3. *La toma de decisiones en órganos colegiados*
   3.1. Discusión normativa
   3.2. Discusión positiva
   3.3. De la opinión disidente a la formulación del voto separado
   3.4. Aplicación de la teoría de la disidencia al Consejo de Estado
4. *Análisis empírico de los datos*
   4.1. Estrategia empírica
   4.2. Análisis de regresión a nivel de caso
   4.3. Análisis de regresión a nivel de consejero
   4.4. Discusión de los resultados
5. *Conclusiones*
6. *Bibliografía*

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

1. Introducción*

El Consejo de Estado español es el supremo órgano consultivo del Estado. Su cometido consiste en la emisión de dictámenes —que pueden ser preceptivos o facultativos, y vinculantes o no vinculantes—, los cuales tienen distintos grados de repercusión en el funcionamiento del aparato administrativo y, dependiendo de su naturaleza, pueden llegar a restringir o condicionar el margen de maniobra de las políticas públicas, así como la eficacia del poder gubernamental.

Los miembros que conforman el Consejo reciben el nombre de consejeros y consejeras y su nombramiento depende, de distintas formas, del Gobierno español. Así pues, inevitablemente, la composición histórica de dicho órgano refleja, en cierta medida, la evolución del espectro político español a lo largo del tiempo. En este contexto, una pregunta pertinente que subyace a la anterior afirmación es hasta qué punto las decisiones de los consejeros (manifestadas en los votos particulares de los dictámenes) reflejan su ideología o, incluso, las preocupaciones políticas de aquellos que los nombraron.

Los estudios más recientes sobre la opción de disentir en un órgano colegiado parten de la premisa que estructura el proceso de toma de decisiones en dos fases. En la primera, los miembros del órgano deben decidir si votan a favor de la opción mayoritaria o, por lo contrario, deciden votar en contra. En la segunda fase, los miembros que se han separado de la mayoría, pueden emitir un voto particular, expresando así su opinión personal sobre el caso en concreto por escrito, o no hacerlo. La estructura y funcionamiento del Consejo de Estado nos permite aplicar la misma distinción con el fin de ahondar en la búsqueda de los principales determinantes que explican por qué los consejeros deciden separarse de sus homólogos. En concreto, en este trabajo estudiamos qué factores imperan en la opción de emitir un voto particular cuando no hay unanimidad en la toma de decisiones sobre un determinado caso.

En el artículo exploramos todos los dictámenes no unánimes, es decir, aquéllos en los que al menos un consejero ha disentido de forma oral, evacuados durante el período comprendido entre 2002 y 2018. En concreto, realizamos un análisis de regresión tomando en consideración las características individuales de los consejeros y los atributos definitorios de los distintos casos como variables explicativas. Los resultados del estudio indican que la decisión de emitir una opinión disidente y expresarla por escrito, cuando no hay unanimidad, depende más de las características individuales de los consejeros (como su carrera profesional o la edad de los mismos) que de los atributos particulares del caso (con la excepción de aquellos casos que dependen de peticiones de emisión por parte de Comunidades Autónomas). Estos resultados, no obstante, deben estar sujetos a la limitación impuesta por la técnica de estudio: la ausencia de correlación no implica, necesariamente, la ausencia de algún otro tipo de relación.

El artículo se ha estructurado en cinco secciones, además de esta introductoria. En la segunda sección, se presenta una breve aproximación al Consejo de Estado, su estructura y funcionamiento interno. A continuación, en la tercera sección, presentamos una breve revisión de la literatura relevante en la materia. En la sección cuarta, analizamos los datos de los distintos dictámenes y presentamos los principales resultados que se derivan de nuestro estudio. Y, para finalizar, la última sección se dedica a las conclusiones.

2. El Consejo de Estado

2.1. Presentación

Aunque el Consejo de Estado hunde sus raíces varios siglos atrás en el pasado, los orígenes de la actual institución están estrechamente unidos al nacimiento de los Estados modernos y sus regímenes constitucionales, y discurren en paralelo a los del *Conseil d'État* francés que, junto con otras características del sistema jurídico napoleónico, fue tomado como modelo por el legislador español del momento[1]. Actualmente, ambas instituciones difieren sustancialmente —si bien inicialmente no fuera así. Entre otros, mientras que el *Conseil d'État* asume funciones judiciales, el Consejo de Estado español es un órgano consultivo y no tiene reconocidas potestades jurisdiccionales que en España asumen únicamente los órganos de la jurisdicción. Desde su nacimiento, la institución española ha sobrevivido a un buen número de vaivenes políticos y constitucionales, incluida una Guerra Civil y casi cuarenta años de dictadura franquista.

El actual Consejo de Estado es, según el art. 107 de la Constitución Española de 1978, «el supremo órgano consultivo del Gobierno». Su composición y funciones quedan reguladas en dos normas: la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (LOCE) y el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado (ROCE).

El Consejo de Estado convive desde los inicios de la etapa constitucional actual con los órganos consultivos que, a imagen y semejanza, han creado la mayoría de Comunidades Autónomas —a excepción de Cantabria. Así, por ejemplo, el *Consell de Garanties Estatutàries* i la *Comissió Jurídica Assessora* en Cataluña, el Consejo Consultivo de Andalucía, la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid o la Comisión Jurídica de Extremadura, por nombrar algunos. Sin perjuicio de la referencia posterior a la convivencia de la institución estatal con las autonómicas, se apunta ahora que ello contribuye a la distribución de funciones consultivas. Mientras que los asuntos planteados por los órganos estatales se dirigen al Consejo de Estado, las consultas de las administraciones autonómicas y locales recaen en los órganos consultivos autonómicos. Las funciones son, *mutatis mutandis*, análogas a las del Consejo de Estado, y el sistema de votaciones y la posibilidad de presentar votos particulares, también.

2.2. Naturaleza jurídica

El rasgo más importante del Consejo de Estado queda descrito en las breves previsiones constitucionales que dan cuenta del órgano y que lo definen e identifican por su función como órgano consultivo[2]. En línea con lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia constitucional afirman que el Consejo de Estado es un órgano de «relevancia constitucional» —en contraste con

---

* El presente trabajo es una versión adaptada, modificada y extendida en castellano de GAROUPA, SALAMERO, SEGURA (2021). Se ha beneficiado sustancialmente de los comentarios de Gabriel DOMÉNECH- PASCUAL, Rosa FERRER, Fernando GÓMEZ POMAR y de dos revisores anónimos. Los errores u omisiones que persistan son exclusiva responsabilidad de sus autores.

[1] GARCÍA ÁLVAREZ, «El fracaso en España del modelo francés de Consejo de Estado (1845-1904)», *Documentación Administrativa*, 244-245, 1996, pp. 89-133.

[2] Algunos, no obstante, arguyen que es un órgano de control. PARADA VÁZQUEZ, «El Consejo de Estado», *Documentación Administrativa,* 226, 1991, pp. 113-128. Sin embargo, el mismo Consejo de Estado ha definido sus funciones como consultivas, excluyendo funciones de control. NAVARRO CABALLERO, «El Consejo de Estado. Origen histórico y regulación actual a la luz de la ley orgánica 3/2004, de 28 de diciembre», *Anales de Derecho, Universidad de Murcia,* 24, 2006, pp. 9-39.

los llamados «órganos constitucionales». La principal consecuencia de lo anterior es que el Consejo de Estado no juega un papel activo o político. Esto es, no toma decisiones de dirección política y no tiene poder de decisión en dicho sentido. Por el contrario, es un órgano auxiliar que desarrolla funciones técnicas, en concreto, funciones consultivas[3]. Como órgano consultivo, el Consejo de Estado puede definirse como «(...) órgano administrativo al que el ordenamiento le atribuye con carácter permanente la función de aconsejar, asesorar y suministrar elementos de juicio a los demás órganos de la Administración Pública y, de forma señalada, a los órganos activos que manifiestan la voluntad resolutoria de la Administración»[4]. Sin embargo, algunas de estas características son cuestionadas en relación con el Consejo de Estado, especialmente cuando sus dictámenes son vinculantes[5] o cuando asume funciones que van más allá de la consultiva, como en el caso de la elaboración de propuestas legislativas o de reforma constitucional.[6]

La referida función técnica del Consejo de Estado como órgano consultivo también queda recogida en su normativa propia. Según la LOCE, el Consejo de Estado «[e]jerce la función consultiva con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia» (art. 1.2) y «velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico» (art. 2.1); y, cuando corresponda, tendrá en cuenta criterios de oportunidad, conveniencia y eficacia para emitir sus dictámenes (art. 2.1 *in fine*).

2.3. Estructura orgánica y composición

La estructura orgánica del Consejo de Estado es relativamente compleja. Se divide en un Plenario, una Comisión permanente y una Comisión de Estudios, así como nueve Secciones. Cada uno de estos órganos tiene una composición distinta y, como se verá después, se les atribuyen también funciones distintas. El Plenario queda integrado por todos los miembros del Consejo: el Presidente, los Consejeros permanentes, los Consejeros natos, los Consejeros electivos y el Secretario general. Por su parte, la Comisión permanente está integrada por el Presidente, los Consejeros permanentes y el Secretario general. Y, por último, la Comisión de Estudios está integrada por el Presidente, dos Consejeros permanentes, dos Consejeros natos, dos electivos, y el Secretario general (arts. 4 y 5 de la LOCE).

Si se para mientes en la composición del Consejo y, en especial, en el tipo Consejeros que lo integran se pone de manifiesto la impronta que tiene el Gobierno en la elección de los mismos —ora de forma mediata, ora inmediata. A tal reflexión debe añadirse el factor histórico, ya que algunos Consejeros desempeñan su cargo con carácter vitalicio o indefinido, mientras que otros limitan su membresía en el Consejo en función del cargo que desempeñen, y otros son nombrados por cuatro años, lo mismo que dura una legislatura de ordinario. De ahí que merezca la pena detenerse en esta cuestión.

---

[3] VERA SANTOS, «Cuarenta años del Consejo de Estado, o de cómo seguir siendo órgano consultivo y no morir en el intento», *Revista de Derecho Político*, 101, 2018, pp. 309-349.

[4] FONT I LLOVET, «Órganos Consultivos», *Revista de Administración Pública*, 108, 1985, pp. 53-86.

[5] PARADA VÁZQUEZ, *Documentación Administrativa,* 226, 1991, pp. 121.

[6] Recoge esta competencia el art. 3.2 de la LOCE. Se encarga de esta función la Comisión de Estudios, introducida en 2004 por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre. Algunos autores han criticado la Comisión porque se le otorgan dichas funciones, que van más allá de las consultivas, a petición del Gobierno. VERA SANTOS, *Revista de Derecho Político*, 101, 2018.

En cuanto a los miembros, el Consejo de Estado cuenta con (a) un Presidente, (b) Consejeros permanentes, (c) Consejeros natos, (d) diez Consejeros electivos, y (e) un Secretario general. Junto a los anteriores, debe tenerse en cuenta a los Letrados, que se encargan del «estudio, preparación y redacción de los proyectos de dictamen sobre los asuntos sometidos a consulta del Consejo» (art. 14 LOCE) y desarrollan sus funciones en diferentes Secciones. Actualmente, existen nueve Secciones, cada una de las cuales se especializa en distintos asuntos.[7] Cada Sección cuenta con un Letrado Mayor y está presidida por un Consejero permanente (art. 13 LOCE).

(a) El *Presidente del Consejo* es elegido libremente por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto, entre juristas de reconocido prestigio y experiencia en cuestiones de Estado. El nombramiento tiene que ser refrendado por el Presidente (art. 6 LOCE).[8] Desde 2018, ocupa dicho puesto M.ª Teresa FERNÁNDEZ DE LA VEGA SANZ —vicepresidenta del Gobierno durante el mandato del Presidente José Luis RODRÍGUEZ ZAPATERO—, que es la primera mujer en ocupar este puesto.

(b) Los *Consejeros permanentes* son nombrados mediante Real Decreto del Gobierno entre personas que están o hayan estado comprendidas en alguna de las categorías que menciona el art. 7 de la LOCE: Ministro, Presidente o miembro de los Consejos Ejecutivos de las Comunidades Autónomas, Consejero de Estado, miembros de los Consejos consultivos u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, Letrado Mayor del Consejo de Estado, académico de número de las Reales Academias integradas en el Instituto de España, profesor numerario de disciplinas jurídicas, económicas o sociales en Facultad Universitaria, con quince años de ejercicio, oficial general de los Cuerpos Jurídicos de las Fuerzas Armadas, funcionarios del Estado con quince años de servicios al menos en Cuerpos o Escalas para cuyo ingreso se exija título universitario, Ex Gobernadores del Banco de España.

El nombramiento de los Consejeros permanentes, como su mismo nombre indica, no tiene límite en el tiempo. Así, según la norma, los Consejeros permanentes son «inamovibles en sus cargos» (art. 11 LOCE). En cuanto a su número, actualmente son ocho.[9] La norma exige que al menos dos de los ocho Consejeros permanentes pertenezcan al cuerpo de letrados del Consejo de Estado (art. 25 ROCS).

(c) Los *Consejeros natos* son aquellos que ocupan dicha posición en virtud del desempeño de determinados cargos. Como novedad introducida tras la modificación de la LOCS en 2004, los Ex Presidentes del Gobierno adquieren la consideración de Consejeros natos vitalicios y pueden

[7] Las actuales nueve Secciones se estructuran teniendo en cuenta los distintos órganos que solicitan la intervención del Consejo de Estado —el Presidente del Gobierno, los distintos Ministros, y los presidentes de las Comunidades Autónomas—, pero el número de secciones puede incrementarse si el volumen de consultas también lo hacen (art. 13 LOCE). En la misma página web del Consejo, puede hallarse más información al respecto [disponible en: https://www.consejo-estado.es/organizacion/secciones/].

[8] En el actual periodo democrático, desde la Constitución de 1978, ha habido los siguientes Presidentes: Antonio María DE ORIOL Y URQUIJO (1973-1979); Antonio JIMÉNEZ BLANCO (1979-1982); Antonio HERNÁNDEZ GIL (1982-1985); Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (1985-1991); Fernando LEDESMA BARTRET (1991-1996); Iñigo CAVERO LATAILLADE (1996-2002); José Manuel ROMAY BECCARÍA (2003-2004); Francisco RUBIO LLORENTE (2004-2012); José Manuel ROMAY BECCARÍA (2012-2018); Mª Teresa FERNÁNDEZ DE LA VEGA SANZ (desde 2018).

[9] En la actualidad los Consejeros Permanentes son: Miguel HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN (Sección primera); Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (Sección segunda); Paz Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA (Sección tercera); Fernando LEDESMA BARTRET (Sección cuarta); Alberto AZA ARIAS (Sección quinta); José Luis MANZANARES SAMANIEGO (Sección sexta); Victoria CAMPS CERVERA (Sección séptima); Enrique ALONSO GARCÍA (Sección octava); Adela ASUA BATARRITA (Sección novena).

incorporarse al órgano cuando así lo manifiesten. Dos Ex Presidentes han ocupado brevemente dicha posición;[10] ninguno lo hace en la actualidad.

En cuanto al resto de Consejeros natos, la norma atribuye dicha condición al Director de la Real Academia Española y los Presidentes de las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas y de Jurisprudencia y Legislación, al Presidente del Consejo Económico y Social, al Fiscal General del Estado, al Jefe del Estado Mayor de la Defensa, al Presidente del Consejo General de la Abogacía, al Presidente de la Comisión General de Codificación o el Presidente de su Sección Primera si aquel fuera Ministro del Gobierno, al Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado, al Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y al Gobernador del Banco de España (art. 8 LOCE).

(d) El Consejo de Estado también incluye diez *Consejeros electivos* que son nombrados durante un periodo de cuatro años mediante Real decreto del Gobierno entre personas que hayan ocupado alguno de los siguientes cargos: Diputado o Senador de las Cortes Generales, Magistrado del Tribunal Constitucional, Juez o Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Defensor del Pueblo, Presidente o Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Ministro o Secretario de Estado, Presidente del Tribunal de Cuentas, Jefe del Estado Mayor de la Defensa, Presidente o miembro del Consejo Ejecutivo de Comunidad Autónoma, Embajador procedente de la carrera diplomática, Alcalde de capital de provincia, Presidente de Diputación Provincial, de Mancomunidad Interinsular, de Cabildo Insular o de Consejo Insular, Rector de Universidad (art. 9 LOCE).

Como mínimo dos de los diez Consejeros electivos tienen que haber desempeñado la función de Presidente del Consejo Ejecutivo de una Comunidad autónoma por un periodo de ocho años y serán nombrados igualmente por un periodo de ocho años (a diferencia del resto de Consejeros electivos, cuyo nombramiento se hace para un periodo de cuatro años).

(e) El *Secretario General* es nombrado entre los Letrados Mayores del Consejo de Estado, a propuesta de la Comisión Permanente aprobada por el Plenario. Asisten con voz pero sin voto a las sesiones del Pleno, de la Comisión Permanente y de la Comisión de Estudios (art. 10 LOCE).

(f) Por último, los *Letrados* son funcionarios que desarrollan sus funciones en las ocho Secciones del Consejo. Para ser Letrado se requiere una titulación en Derecho, así como superar el correspondiente proceso competitivo de oposición. Los Letrados Mayores son nombrados por riguroso orden de antigüedad en el Cuerpo (arts. 14 y 15 LOCE).

2.4. Competencias

Las competencias de los distintos órganos del Consejo de Estado quedan descritas no solo en la LOCE y el ROCE, sino que otras normas con rango de ley pueden atribuir competencias al Consejo de Estado. Las funciones que se referencian a continuación son solo aquellas previstas en las dos piezas legislativas principales de regulación y ordenación del Consejo antes mencionadas.

Así, según el art. 21 LOCE, el Plenario debe ser consultado en relación, entre otros, con las siguientes materias: anteproyectos de reforma constitucional, cuando la propuesta no haya sido

[10] Fueron José María AZNAR LÓPEZ y José Luís RODRÍGUEZ ZAPATERO, de abril de 2005 a junio 2006 y de febrero 2012 a agosto 2015, respectivamente. Téngase en cuenta que el cargo de Consejero de Estado está sometido a un estricto régimen de incompatibilidades (art. 28 ORCS).

elaborada por el propio Consejo de Estado; anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del Derecho comunitario europeo; proyectos de Decretos legislativos; dudas y discrepancias que surjan en la interpretación o cumplimiento de tratados, convenios o acuerdos internacionales en los que España sea parte; problemas jurídicos que suscite la interpretación o cumplimiento de los actos y resoluciones emanadas de Organizaciones internacionales o supranacionales; reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y las cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional; anteproyectos de Ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado; transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda Pública y sometimiento o arbitraje de las contiendas que se susciten respecto de los mismos; separación de Consejeros permanentes; asuntos de Estado a los que el Gobierno reconozca especial trascendencia o repercusión; todo asunto en que, por precepto expreso de una Ley, haya de consultarse al Consejo de Estado en Pleno.

Por su parte, según el art. 22 de la LOCE, la Comisión Permanente deberá emitir dictamen, entre otros, en los siguientes asuntos: la aprobación de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones; anteproyectos de ley orgánica de transferencias o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas; control del ejercicio de funciones delegadas por el Estado a las Comunidades Autónomas; impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, con carácter previo a la interposición del recurso; revisión de oficio de disposiciones administrativas y de actos administrativos, en los supuestos previstos por las leyes; reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen a la Administración del Estado según establezcan las leyes; concesión de monopolios y servicios públicos monopolizados; etc.

La Comisión de Estudios, creada en 2004, «ordenará, dirigirá y supervisará la realización de los estudios, informes o memorias encargados por el Gobierno y, una vez conclusos, emitirá juicio acerca de su suficiencia y adecuación al encargo recibido». Además, «elaborará las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno encomiende al Consejo de Estado y los someterá al Pleno, que se pronunciará sobre ellos por mayoría simple. Los miembros discrepantes podrán formular, dentro del plazo que reglamentariamente se determine, votos particulares, que se remitirán al Gobierno junto con el texto aprobado» (art. 23 LOCE).

Para cerrar este epígrafe, merece la pena reparar en que el Consejo de Estado no solo emite dictámenes a petición de otros órganos, sino que también puede hacerlo por iniciativa propia. Así lo recoge el art. 20.1 LOCE, según el cual «[e]l Consejo de Estado, en Pleno o en Comisión Permanente, podrá elevar al Gobierno las propuestas que juzgue oportunas acerca de cualquier asunto que la práctica y experiencia de sus funciones le sugieran».

2.5. Funcionamiento

El Consejo de Estado puede evacuar dictámenes tanto a petición de órganos estatales como autonómicos (y locales a través de la correspondiente Comunidad Autónoma). No obstante, como ya se ha dicho, la mayoría de Comunidades Autónomas cuentan, en virtud de sus competencias de autoorganización, con sus propios órganos consultivos, de modo que no

requieren la participación del Consejo de Estado en sus asuntos propios ni los de los entes locales de su territorio.[11]

Las consultas se distribuyen entre las nueve Secciones del Consejo en función del órgano consultante y la materia, o a la Comisión de Estudios. Los Letrados de dichas secciones o los grupos de trabajo de la Comisión de Estudios son los encargados de preparar los dictámenes (arts. 114 a 119 ROCE), que después se remiten al Plenario o en la Comisión Permanente, en función del asunto, donde luego de una deliberación que se desarrolla en términos estrictamente pautados por la norma —incluida la posibilidad de realizar enmiendas—, se someten a votación (arts. 95 a 112 ROCE).

En cuanto al funcionamiento del Consejo, las normas más importantes son las que disciplinan el quórum y la votación de los dos órganos principales, el Plenario y la Comisión Permanente. En ambos casos, el quórum mínimo para su constitución exige la presencia del Presidente, de al menos la mitad de miembros y del Secretario General. Las decisiones se adoptan por mayoría absoluta de los asistentes.[12] En caso de empate, el Presidente tiene reconocido el voto de calidad (art. 16 LOCE).

Los miembros del Consejo de Estado solo pueden votar a favor o en contra. La abstención es solo posible en el supuesto de inhibición (art. 104 ROCE).[13] Y, por supuesto, los Consejeros que voten desfavorablemente, pueden emitir votos particulares (art. 16 LOCE y art. 107 ROCE).

Los dictámenes del Consejo se publican y se deja constancia de si la decisión se toma de forma unánime o no. No obstante, solo los votos particulares emitidos por escrito forman parte de dicha publicación. Así, no hay constancia pública de las votaciones, sin que pueda conocerse los Consejeros que disintieron oralmente en las deliberaciones e incluso que votaron en contra, a no ser que así lo manifiesten mediante su voto particular. En el caso de los dictámenes dictados sin unanimidad en los que no hay votos particulares, no existe pues información cualitativa ni cuantitativa sobre el desacuerdo.

2.6. Los dictámenes del Consejo de Estado

Los dictámenes son la expresión formal de las opiniones que emite el Consejo de Estado a raíz de las consultas que se le presentan. El Consejo de Estado puede ser consultado sobre cualquier cuestión, pero en ocasiones la normativa impone la obligación de incorporar al procedimiento administrativo o normativo la consulta al supremo órgano consultivo del Gobierno. Asimismo, los dictámenes del Consejo de Estado pueden ser vinculantes o no. De ahí que se diga que el

[11] A excepción de Cantabria —que en caso de necesidad debe recurrir al Consejo de Estado— todas las Comunidades Autónomas se han dotado de un órgano consultivo propio que asume y desarrolla funciones paralelas a las del Consejo de Estado en relación con sus administraciones autonómicas y locales. La asunción de funciones consultivas por estos órganos autonómicos ha sido un proceso que ha sufrido las tensiones propias de un sistema descentralizado. El Tribunal Constitucional ha tenido un papel importante en la comprensión y legitimidad de estos órganos, que se admiten en virtud de las competencias de autoorganización de las Comunidades Autónomas en tanto que se garantice que operan con «independencias, objetividad y rigurosa cualificación técnica» STC (Pleno) 204/1992, de 26 de noviembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1992).

[12] Excepto para la aprobación de anteproyectos legislativos o reformas constitucionales encargadas por el Gobierno, en cuyo caso solo se exige una mayoría simple en el Pleno (art. 99 ROCE).

[13] Cuando concurre una causa de inhibición los Consejeros no pueden participar ni en las deliberaciones ni en la votación. Así, deben «inhibirse del conocimiento de los asuntos en cuyo despacho hubieren intervenido, o que interesen a Empresas en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieran participado ellos mismos o personas de su familia dentro del segundo grado civil por consanguinidad o afinidad» (art. 16 LOCE).

Consejo de Estado emite distintos tipos de dictámenes. Dos son los criterios que ordenan la clasificación: de un lado, si es obligado o no pedir el dictamen —dictámenes preceptivos o facultativos— y, del otro, si el dictamen vincula o no al órgano consultante —dictámenes vinculantes o no vinculantes. Todo ello dependerá de la norma de turno que regule la participación del órgano consultivo.

En cuanto al primero de los criterios mencionados, los dictámenes pueden derivarse de *consultas preceptivas* o *facultativas*, según si la normativa establece la obligación de requerir el dictamen al Consejo de Estado en el marco del desarrollo de ciertos procedimientos o funciones administrativas o normativas. En cuanto al primero de los criterios, los dictámenes pueden ser *vinculantes* o *no vinculantes*, en función de lo que establezca la normativa en relación con los efectos del contenido de los mismos en la decisión que finalmente tome el órgano solicitante. La regla general que establece el artículo 2 de la LOCE es que los dictámenes del Consejo de Estado no son ni preceptivos ni vinculantes, a no ser que una norma con rango de ley establezca lo contrario. Es decir, solo cuando una norma expresamente impone la participación del Consejo de Estado y solo cuando se declara que el dictamen emitido tendrá efectos en relación con la decisión administrativa de turno, los dictámenes serán considerados preceptivos y vinculantes, respectivamente. De lo contrario, cuando la normativa que regula la actuación de las Administraciones públicas prevé la posibilidad de que el Consejo de estado participe en el procedimiento como órgano consultivo sin establecer su obligatoriedad ni tampoco los efectos vinculantes del dictamen que se dicte, debe entenderse que se trata de un dictamen facultativo y no vinculante. Lo habitual es que, de preverse la participación del Consejo de Estado, su intervención sea preceptiva, pero los supuestos en los que los dictámenes del Consejo de Estado producen efectos vinculantes son la excepción. Ello no obstante, en la mayoría de ocasiones los órganos consultantes secundan los dictámenes del Consejo de Estado.

Si descendemos a la normativa, vemos que la misma LOCE declara ciertos asuntos en los que la intervención del Consejo será preceptiva (arts. 21 y 22); sin embargo, otras leyes pueden también imponer la participación del órgano consultivo.[14] De entre los asuntos incluidos en los preceptos mentados, los más habituales son los dictámenes en relación con la aprobación y modificación de reglamentos ejecutivos, la revisión de oficio de actos o reglamentos; o determinados procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración en atención a su cuantía[15].

En cuanto a los efectos de los dictámenes, debe destacarse que solo excepcionalmente tendrán el carácter de vinculantes (por ejemplo, en los datos analizados en el periodo 2002-2018, solo un 7% de los dictámenes son vinculantes). Este es el caso de los dictámenes emitidos para los

[14] Véase la Resolución de 21 de junio de 2005, en la que la Presidencia del Consejo de Estado hace pública la lista de asuntos en los que la intervención del Consejo es preceptiva.

[15] Así, el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que: «Cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, *será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado* o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma». En este caso, es obligado incorporar al procedimiento el dictamen. Sin embargo, como puede apreciarse, la Ley no se pronuncia sobre sus efectos, de lo cual debe deducirse que no es vinculante.

mentados procedimientos de revisión de oficio,[16] la declaración de nulidad de actos tributarios,[17] ciertos procedimientos para la concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito[18] y algunos procedimientos de modificación de instrumentos de planeamiento urbanístico.[19] En relación con los efectos vinculantes de los dictámenes del Consejo de Estado, la mayoría de la doctrina entiende que el efecto vinculante es únicamente obstativo. Esto es, solo los dictámenes negativos son vinculantes, como si el Consejo de Estado tuviera un poder de veto; mientras que, en el caso de los dictámenes positivos, el órgano que solicitó el dictamen podrá apartarse del parecer del Consejo[20].

Cuando una disposición o resolución es informada por el Consejo de Estado debe así contar. De esto modo, cuando la decisión se toma de conformidad con el dictamen se hace constar la fórmula «de acuerdo con el Consejo de Estado» y, si se aparta, «oído el Consejo de Estado» (art. 2 LOCE).

Los dictámenes del Consejo de Estado conforman doctrina legal, y se recogen en recopilaciones en forma de Memorias Anuales que luego se publican mediante el Boletín Oficial del Estado. Además de las memorias anuales del Consejo, actualmente la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado también recoge y gestiona la base de datos con los dictámenes del Consejo de Estado.[21]

3. La toma de decisiones en órganos colegiados

Tal y como se sintetiza en MURO *et al.*[22] existen dos corrientes distintas, que no son mutuamente excluyentes, sobre la decisión de disentir en órganos colegiados. De un lado, la primera de estas

[16] Así el art. 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que: «Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y *previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1».

[17] El art. 217.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria reza como sigue: «La declaración de nulidad [de los actos dictados en materia tributaria] *requerirá dictamen favorable previo del Consejo de Estado u órgano equivalente de la respectiva comunidad autónoma*, si lo hubiere».

[18] El art. 60 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria establece que: «Con carácter excepcional, el Gobierno, a propuesta del Ministro de Economía, podrá conceder anticipos de Tesorería para atender gastos inaplazables, con el límite máximo en cada ejercicio del uno por ciento de los créditos autorizados al Estado por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, en los siguientes casos: a) Cuando, una vez iniciada la tramitación de los expedientes de concesión de créditos extraordinarios o de suplementos de crédito, *hubiera dictaminado favorablemente el Consejo de Estado* (...)».

[19] Según el art. 50 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana: «Si la modificación de los Planes, Normas Complementarias y Subsidiarias y Programas de Actuación tuviere por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en el Plan, deberá ser aprobada por el Consejo de Ministros, *previos los informes favorables del Consejo de Estado* y del Ministro de la Vivienda, y acuerdos de la Corporación Local interesada adoptados con el quórum del artículo trescientos tres de la Ley de Régimen Local».

[20] SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General II*, segunda edición, IUSTEL, Madrid, 2009, p. 64. Las normas citadas en las notas a pie inmediatamente anteriores son ejemplo de informes preceptivos, pero vinculantes solo cuando fuesen negativos. Así, solo una vez obtenido el informe favorable el órgano administrativo puede declarar la nulidad, conceder un crédito o modificar un plan urbanístico. Ahora bien, aun existiendo dicho dictamen, el órgano administrativo podría decidir no declarar la nulidad, no conceder el crédito o no modificar el plan, siempre que lo motivase. En cambio, si el dictamen fuese negativo, el órgano administrativo no podría apartarse del dictamen y no podría declarar la nulidad, conceder un crédito, ni modificar un plan.

[21] Puede consultarse aquí: https://www.boe.es/buscar/consejo_estado.php.

[22] MURO *et al.*, «Exploring Dissent in the Supreme Court of Argentina», *International Review of Law and Economics*, 63, Article 105909, 2020.

corrientes se focaliza en los costes y beneficios sociales de la emisión de opiniones separadas. De otro lado, la segunda corriente, la positiva, centra sus esfuerzos en explicar los motivos por los que los jueces o miembros de órganos colegiados se separan de las opiniones mayoritarias.

3.1. Discusión normativa

Los argumentos normativos que avalan la existencia de opiniones separadas tienen sus raíces en los beneficios asociados a la libertad de expresión, los valores democráticos, así como a la independencia judicial[23]; una mejora de la jurisprudencia a través de forzar una mayor argumentación casuística[24]; las potenciales mejoras evolutivas provenientes del diálogo entre tribunales pasados y tribunales futuros [25]; así como en la obligación moral de ofrecer una mejor explicación cuando se disiente[26]. En contraposición, los argumentos normativos que se oponen a la emisión de opiniones disidentes están relacionados con los efectos negativos que pueden causar en la legitimidad pública de los tribunales[27], así como en la seguridad jurídica o en la independencia[28]. Alternativamente, ciertos argumentos normativos se fundamentan en la idea de la eficiencia de recursos en los tribunales[29] y en el impacto negativo que pueden causar en el cumplimiento por parte de los ciudadanos de las decisiones judiciales.

3.2. Discusión positiva

En atención a la teoría racional de emisión de votos[30], el disidente sopesará los costes y beneficios potenciales de emitir un voto separado de la mayoría. En particular, éste tendrá en cuenta que la formulación de una opinión separada le representa un coste adicional interno (el de redacción de los argumentos que motivan su voto) y probablemente, también, un coste externo manifestado a través de la pérdida de confianza de los pares que tendrán que destinar esfuerzo y tiempo en la contestación de los argumentos del disidente. Esta pérdida de confianza se puede traducir en una pérdida de apoyos en casos futuros e inclusive en una alteración del confort en

---

[23] ALDER, «Dissents in Courts of Last Resort: A Tragic Choice», *Oxford Journal of Legal Studies*, 20, 2000, pp. 221-246. VITALE, «The Value of Dissent in Constitutional Adjudication: A Context-Specific Analysis», *Review of Constitutional Studies*, 19, 2014, pp. 83-108.

[24] HAIRE *et al.,* «Diversity, Deliberations, and Judicial Opinion Writing», *Journal of Law and Courts*, 1, 2013, pp. 303-330.

[25] MCCORMICK, «'Was it Something I Said?' Losing the Majority on the Modern Supreme Court of Canada, 1984-2011», *Osgoode Hall Law Journal,* 50, 2012, pp. 93-128.

[26] BADER GINSBURG, «The Role of Dissenting Opinions», *Minnesota Law Review*, 95, 2020, pp. 1-8. BRENNAN, « In Defense of Dissents», *Hastings Law Journal*, 37, 1985, 427-438.

[27] STACK, «The Practice of Dissent in the Supreme Court», *Yale Law Journal*, 105, 1996, pp. 2235-2259. ZINK *et al.*, «Courting the Public: The Influence of Decision Attributes on Individuals' Views of Court Opinions», *Journal of Politics*, 71, 2009, pp. 909-925. SALAMONE, «Judicial Consensus and Public Opinion: Conditional Response to Supreme Court Majority Size», *Political Research Quarterly*, 20, 2013, pp. 320-334.

[28] LAFFRANQUE, «Dissenting Opinion and Judicial Independence», *Juridica International,* 8, 2003, pp. 162-172.

[29] RAFFAELI, «Dissenting Opinions in the Supreme Courts of the Member State, European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs», http://www.europarl.europa.eu/studies, 2012. VITALE, *Review of Constitutional Studies*, 19, 2014.

[30] EPSTEIN *et al.*, «Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis», *Journal of Legal Analysis*, 3, 2011, pp. 101-137. EPSTEIN *et al.*, *The Behavior of Federal Judges*, 2013. FISCHMAN, «Estimating Preferences of Circuit Judges: A Model of Consensus Voting», *Journal of Law and Economics*, 54, 2011, pp. 781-809. FISCHMAN, «Interpreting Circuit Court Voting Patterns: A Social Interactions Framework», *Journal of Law, Economics and Organization*, 31, 2013, pp. 808-842. EDELMAN *et al.*, «Consensus, Disorder, and Ideology on the Supreme Court», *Journal of Empirical Legal Studies*, 9, 2012, pp. 129-148. NIBLETT/YOON, «Judicial Disharmony: A Study of Dissent», *International Review of Law and Economics*, 42, 2015, 60-71. AMARAL-GARCIA/ GAROUPA, «Judicial Behavior and Devolution at the Privy Council», *Review of Law and Economics*, 13, artículo núm. 2015-0013, 2017, pp. 1-40.

el puesto de trabajo[31], generando así, un coste en el órgano colegiado significativamente alto. Los disidentes pueden, por tanto, dañar la legitimidad pública de los tribunales y órganos colegiados[32] e incluso afectar a la probabilidad de cumplimiento de sus decisiones o actos[33].

El potencial disidente deberá poner en la balanza estos costes con los beneficios individuales que la emisión de un voto disidente le puede aportar. Entre los beneficios se incluye la posibilidad de crearse una reputación y de poder expresar su opinión personal, que repercute en la satisfacción personal así como en la probabilidad de influir en la toma de decisiones a nivel político y jurídico [34]. En aras de este análisis coste-beneficio, un determinado juez podría declinar la opción de disentir a pesar de que su ideología sea la contraria a la manifestada por la mayoría.
Un segundo grupo de teorías de elección racional parte de la concepción de que las opiniones disidentes reflejan la dinámica entre un agente y un principal. Los jueces representan a los agentes (con mejor información sobre el Derecho aplicable) y los tribunales de instancias superiores o los políticos representan a los principales (con un conocimiento menor sobre el Derecho aplicable), de modo que los votos separados servirían como mecanismo para alinear los incentivos de los agentes con los incentivos de los principales. En definitiva, las opiniones separadas operarían como mecanismo creíble (dado que emitir un voto es costoso) de «*signalling*»[35]. La formulación de votos particulares deviene un mecanismo valioso dado que revela información sobre las partes implicadas en la toma de decisiones[36].

La interacción entre la información que aporta un voto particular y la legitimidad de un tribunal juega un papel importante[37]. Las leyes o reglamentos «con mayor controversia» estarán asociadas con un nivel de mayor disidencia, debido a la intensidad que acompaña al debate político. No obstante, este tipo de normas requieren la intervención, de forma más intensa, de un tribunal constitucional, hecho que puede provocar la disminución en la emisión de opiniones disidentes. En resumen, la teoría principal-agente es compleja y no proporciona respuestas rotundas[38].

3.3. De la opinión disidente a la formulación del voto separado

Un juez puede estar en desacuerdo con la opinión mayoritaria y, aun así, decidir no formular un voto separado[39]. La literatura no ha ahondado en esta distinción, entre otros motivos porque

---

[31] EPSTEIN *et al.*, *The Behavior of Federal Judges*.

[32] SALAMONE, *Political Research Quarterly*, 20, 2013.

[33] NAURIN/STIANSEN, «Judicial Dissent and Compliance with the Inter-American Court of Human Rights», Working paper, on file with the authors, 2017.

[34] WAHLBECK *et al.*, «The Politics of Dissents and Concurrences on the U.S. Supreme Court», *American Politics Research*, 27, 1999, pp. 488-514. HARNAY/MARCIANO, «Judicial Conformity and Dissidence: An Economic Analysis of Judicial Precedent», *International Review of Law and Economics*, 23, 2003, pp. 405-420. HETTINGER *et al*, «Comparing Attitudinal and Strategic Accounts of Dissenting: Behavior on the U.S. Courts of Appeals», *American Journal of Political Science*, 48, 2004, pp. 123-137. HURWITZ/LANIER, «"I Respectfully Dissent": Consensus, Agendas, and Policymaking on the US Supreme Court, 1888-1999», *Review of Policy Research*, 21, 2004, pp. 429-445. SUNSTEIN, «Unanimity and Disagreement on the Supreme Court», *Cornell Law Review*, 100, 2015, pp. 769-823. AMARAL-GARCIA/ GAROUPA, *Review of Law and Economics*, 13, artículo núm. 2015-0013, 2017.

[35] DAUGHETY/REINGANUM, «Speaking Up: A Model of Judicial Dissent and Discretionary Review», *Supreme Court Economic Review*, 14, 2006, pp. 1-41.

[36] IARYCZOWER/SHUM, «The Value of Information in the Court: Get it Right, Keep it Tight», *American Economic Review*, 102, 2012, pp. 202-237.

[37] AMARAL-GARCIA/ GAROUPA, *Review of Law and Economics*, 13, artículo núm. 2015-0013, 2017.

[38] MURO *et al.*, «Exploring Dissent in the Supreme Court of Argentina», *International Review of Law and Economics*, 63, Article 105909, 2020.

[39] LAFFRANQUE, «Dissenting Opinion and Judicial Independence», *Juridica International,* 8, 2003.

puede resultar complejo identificar la diferencia entre el voto informal (manifestar el desacuerdo de forma oral) y el voto formal (formular la opinión disidente por escrito).

La no formulación por escrito de la opinión disidente representa un menor coste en términos relativos (por ejemplo, no se requiere una elaboración extensa de la idea), pero probablemente genere un beneficio sustancial (la audiencia potencial a la que se dirige el caso no prestará atención si el voto no se expresa por escrito). Así pues, podemos afirmar que el voto formulado oralmente puede verse como un término medio entre el voto mayoritario y la emisión de una opinión separada por escrito.

Las teorías existentes sobre el voto disidente centran el análisis coste-beneficio de la decisión en función de la naturaleza del caso y/o las características individuales del juez. Por ejemplo, los jueces pueden considerar que un determinado caso es suficientemente importante como para mostrar su desacuerdo, pero no lo suficientemente como para manifestarlo y desarrollarlo por escrito. La importancia del caso puede interpretarse en términos legales (dependiendo del área jurídica en cuestión) o política (la relevancia para determinados partidos políticos o para la audiencia pública en general). Asimismo, puede ser que determinados individuos sean más proclives a emitir su opinión por escrito debido a su bagaje profesional. Es probable que un profesor de Derecho o un político tengan una tendencia superior a desarrollar ideas sobre materias jurídicas, que un juez por oposición. La edad o la permanencia en un determinado puesto de trabajo pueden estar asociados con la curva de aprendizaje sobre el comportamiento apropiado en un determinado órgano judicial y, en definitiva, pueden ser factores relevantes en la decisión última de formular un voto separado.

3.4. Aplicación de la teoría de la disidencia al Consejo de Estado

El Consejo de Estado español no es un tribunal ni un órgano parlamentario. No obstante, creemos que las teorías de disidencia pueden aplicarse a esta institución. La razón que fundamenta nuestra afirmación radica en que el Consejo de Estado es un órgano colegiado con la función principal de aconsejar en materia legislativa. Los miembros que conforman el Consejo (consejeros) son generalmente antiguos jueces, abogados o profesores de Derecho. El Consejo emite dictámenes que no pueden ser considerados decisiones judiciales, *sensu stricto*, pero que sin duda tienen cierta relevancia jurídica. Las normas procedimentales que rigen el funcionamiento de los votos separados se asemejan al de las instancias judiciales superiores. En consecuencia, por todo ello, podemos afirmar que se trata de una institución suficientemente cercana a un órgano judicial colegiado al que se le pueda aplicar la investigación sobre la distinción entre la disidencia oral y la escrita.

Las opiniones expresadas por el Consejo de Estado tienen un claro impacto en el aparato legislativo nacional[40] . No obstante, debe mencionarse que esta institución en ningún caso opera como un tribunal supremo o como tribunal constitucional en el panorama político. Así pues, el valor de las opiniones del Consejo de Estado es esencialmente simbólico. Es posible que el mero

[40] Por ejemplo, *El País* recoge una serie decisiones controvertidas del Consejo de forma regular (entre otras, véase https://elpais.com/economia/2019/09/30/actualidad/1569860463_756703.html). En febrero de 2020, este periódico publicó un artículo que relacionaba esta institución con los medios de comunicación (https://elpais.com/politica/2020/02/07/actualidad/1581083795_153082.html). Otro periódico, en este caso *El Mundo*, publicó en noviembre de 2019 el perfil de la Presidenta del Consejo de Estado como la mujer que ostentaba la posición más elevada en el panorama jurídico español (https://www.elmundo.es/yodona/lifestyle/2019/11/25/5dcd8054fc6c8372548b4639.html (Última consulta realizada el 27 de septiembre de 2020).

simbolismo con consecuencias prácticas algo limitadas pueda influir en los costes y beneficios de la disidencia. En ese sentido, no podemos descartar que el análisis cuantitativo pueda estar condicionado por la menor importancia política del Consejo de Estado en comparación con los órganos jurisdiccionales colegiados.

Como en cualquier órgano colegiado, la disidencia puede estar relacionada con las características individuales de sus miembros, las características del asunto que se debe decidir y el contexto institucional. El contexto institucional como, por ejemplo, el funcionamiento interno o el sistema de mayorías, es una variable fija (más allá de las consideraciones que puedan merecen los ciclos políticos). Este puede explicar diferencias entre el Consejo de Estado y un tribunal o un órgano parlamentario. Pero aquí se trata de explicar la variancia de comportamientos dentro del propio Consejo de Estado. En ese sentido, las características individuales y de las decisiones se erigen como las fuentes lógicas de variabilidad en la disidencia.

4. Análisis empírico de los datos

La base datos con la que se realiza este análisis consiste en un total de 952 dictámenes independientes no unánimes emitidos por la Comisión Permanente del Consejo de Estado durante el periodo comprendido entre 2002 hasta 2018. Es decir, se recogen todas las opiniones (del periodo señalado) en las que al menos un consejero estuvo en desacuerdo con la opinión mayoritaria.[41] En concreto, se dispone de 9.235 observaciones individuales en referencia a la opinión de 16 consejeros distintos. La lista de consejeros que votan en minoría pero que no formulan un voto separado no es pública.

La Tabla 1 muestra la lista de consejeros que han participado al menos en uno de estos 952 dictámenes. La muestra incluye a 15 consejeros y únicamente a una consejera: la Sra. María Teresa Fernández de la Vega (que ostentó el cargo de vicepresidenta del gobierno durante el mandato del expresidente José Luis RODRÍGUEZ ZAPATERO). La segunda columna nos muestra la afiliación política o proximidad política de los consejeros.[42] Uno puede observar la existencia de un cierto equilibrio entre el eje político de la izquierda (progresivo - PSOE) y el eje de la derecha (conservadores - PP), con algunos nombramientos previos a la instauración de la democracia (anteriores a 1975) y cuatro consejeros relacionados con la coalición centrista dominante durante el periodo de la transición (UCD, 1976-1982). La tercera columna refleja esta información en términos de consejeros situados en el eje izquierdo a nivel político frente a aquellos que lo están en el eje derecho.

<Tabla 1>

La elección del periodo que es objeto de nuestro estudio (2002-2018) tiene la ventaja de contemplar distintos ciclos políticos: un periodo de gobierno conservador con una mayoría del PP (José María Aznar hasta 2004 y Mariano Rajoy desde finales de 2011 hasta mediados de 2018)

[41] La muestra fue recogida manualmente del portal oficial del Consejo de Estado (*http://www.consejo-estado.es*). La selección se restringió a aquellos casos en los que hubo al menos un voto contrario al mayoritario (se formulase por escrito o no) para el periodo de 2002 a 2018. Para este mismo periodo existe un total de 32.741 opiniones unánimes.

[42] La información se obtuvo comprobando información biográfica de cada consejero en Wikipedia o en los principales medios de prensa española.

y un gobierno progresista del PSOE (José Luis Rodríguez Zapatero de 2004 hasta finales de 2011 y Pedro Sánchez desde finales de 2018).[43]

En total hubo 531 votos separados formulados por escrito, representando aproximadamente el 6% del total de nuestra muestra (únicamente una fracción de estos votos reflejan opiniones concurrentes, la mayoría reflejan votos disidentes, así pues, no hemos realizado distinción en nuestro estudio). Un pequeño número de consejeros, al principio de la Tabla 1, emitieron votos particulares de forma significativamente mayor que otros consejeros de la parte inferior de la tabla (muchos uno o dos, mientras que el último consejero no emitió ningún voto particular).

Alrededor del 58% del total de 952 opiniones son dictámenes en los que no se emitió ningún voto particular. Así pues, únicamente el 42% de la muestra son dictámenes con al menos un voto separado. En particular, en la Tabla 2 se observa que el 30% tuvo un voto particular, el 11% tuvo dos votos, el 1% tuvo tres votos particulares y menos del 1% tuvo cuatro votos particulares. Si observamos con más detalle las 117 opiniones con dos o más votos particulares, podemos afirmar que no existe ningún patrón sistemático aparente entre jueces.

<Tabla 2>

4.1. Estrategia empírica

El Consejo de Estado emite sus opiniones sin dar cuenta de la diferencia entre aquellos consejeros que votaron en contra de la mayoría sin emitir un voto particular y aquellos que lo hicieron redactando un voto particular. Por ello, es necesario ser cauto en la interpretación de los resultados. Con el fin de mitigar esta limitación se inicia el análisis partiendo del estudio a nivel de caso. El estudio a nivel de caso no entra en comportamiento individual, dado que se focaliza en las características en agregado. La ventaja que nos proporciona esta técnica es que podemos sortear las limitaciones comentadas, aunque nos impide analizar el impacto de las características individuales en la toma de decisiones.

4.2. Análisis de regresión a nivel de caso

Para determinar la importancia de las características del caso en cuestión, el análisis se inicia con la regresión del número de votos particulares contra variables decisorias específicas al caso sobre el que versaba el dictamen como, por ejemplo: la duración del caso, si la opinión del caso era vinculante o no, si la petición que dio origen al dictamen cuestionaba una determinada ley, si había un interesado privado como «vencedor» del caso y otros seis atributos del caso (no mutuamente excluyentes unos de los otros) que se referían esencialmente a la naturaleza del organismo que solicitaba la opinión del Consejo. También se incluye una medida de complejidad que, esencialmente, tiene en cuenta el número de cuestiones jurídicas que se abordan en el dictamen. El análisis descriptivo de estas variables se presenta en la Tabla 3. En ella se incorporan

[43] Mientras que la transición de 2011 era esperada (RODRÍGUEZ ZAPATERO anunció en mayo de 2011 que no se volvería a presentar a las elecciones generales), el cambio en 2004 fue inesperado (el papel del atentado de la estación de Atocha en el resultado electoral es aún hoy en día objeto de debate). Así pues, en lugar de analizar el periodo 2004-2018, se optó por un periodo más extenso 2002-2018 para minimizar el posible impacto que estos cambios inesperados pudieran haber tenido en las distintas instituciones estatales. Los resultados empíricos nos muestran que para el objeto de estudio las transiciones políticas no tuvieron un efecto significativo (relación que podemos establecer dado que incluimos tanto 2004 como 2011). De hecho, controlando por los distintos años observamos que no hay ningún efecto empíricamente relevante. Un análisis de regresión por ciclo político reduce el tamaño de la muestra, redundando en resultados cuantitativa y cualitativamente irrelevantes.

los valores máximos, mínimos, la media y la desviación estándar de cada una de las variables analizadas. Así, es relevante destacar que el dictamen que tardó más en emitirse desde su registro de entrada fue de 16 meses, siendo la media de tiempo de resolución de 2,41 meses. También cabe destacar que la opinión del Consejo solo fue vinculante -de media- en un 7% de los dictámenes emitidos. Asimismo, cabe señalar que de media en cada dictamen participaban un 47% de consejeros que habían tenido alguna vinculación política.

<Tabla 3>

Dada la naturaleza de la variable dependiente, presentamos los resultados de una regresión Poisson. En la tabla 4 podemos detectar tres efectos estadísticamente significativos, dos de ellos con coeficientes negativos (reduciendo, pues, el número de votos particulares) y uno con coeficiente positivo (aumentando así el número de votos particulares): la duración, que haya una parte privada y que el peticionario sea una Comunidad Autónoma (todos ellos al 10% de significancia estadística). Ninguna otra variable tiene un efecto significativamente relevante. También se provee la misma especificación sin tener en cuenta la duración del caso, debido a los posibles problemas de endogeneidad estadística. En otras palabras, es plausible que la duración del caso puede estar afectada a su vez por la decisión de emitir un voto particular.

<Tabla 4>

Las regresiones restantes presentadas, de (III) a (VI), en la Tabla 4 añaden las características medias de los consejeros que estuvieron en el panel que decidió sobre el dictamen en cuestión. Las características medias de los consejeros se refieren a: la adscripción política (representadas en la Tabla 1); el bagaje profesional (carrera política o judicial, y como tercera categoría, otras profesiones jurídicas); el bagaje institucional (haber sido miembro del Consejo General del Poder Judicial, CGPJ), la edad del consejero en el momento del nombramiento, las referencias en Google (como medida de reconocimiento público).[44] En resumen, las regresiones restantes controlan por las características medias del panel que deliberó el dictamen concreto (edad en el momento del nombramiento, referencias Google, etc.) y por algunos porcentajes (de antiguos jueces, de antiguos miembros del CGPJ, etc.).

Los resultados de la Tabla 4 nos muestran que las características medias parecen jugar un papel estadísticamente significativo (en concreto, en la última columna). Nótense dos cuestiones en particular. De un lado, un mayor porcentaje de miembros del panel con un pasado político de derechas incrementa el número de votos particulares (al 10% de significación). Del otro, la edad media del nombramiento y los años de permanencia en la posición provocan una disminución del número de votos particulares (al 5% y al 1% de significación, respectivamente).

Estos resultados preliminares sugieren que las características específicas del caso son incapaces de explicar el número de votos particulares, a excepción de la variable que nos indica que la petición del caso proviene de una Comunidad Autónoma y la variable que indica si una parte privada ha sido declarada «vencedora» en el caso analizado. En otras palabras, nuestros

[44] Las referencias de Google se refieren esencialmente a la influencia pública que tenía el consejero antes de su nombramiento. No obstante, éstas pueden adolecer de un problema de endogeneidad estadística (cuanto más se disiente más atracción puede haber en los medios de comunicación). Nótese, que en ninguno de los casos el coeficiente es estadísticamente significativo. Por lo tanto, cualquier análisis ulterior carece de relevancia.

resultados no se ajustan a la teoría que afirma que aquellos casos con mayor relevancia jurídica o política inducen a un mayor nivel de disidencia formal -véase la columna (V)-.

Al mismo tiempo, estos resultados preliminares sugieren que las características individuales (más en concreto, la experiencia profesional como político, la edad, el año de nombramiento y los años de permanencia en el cargo) tienen cierto poder explicativo sobre el número de votos particulares emitidos. La opción de analizar las características medias sigue siendo una opción no plenamente satisfactoria.

4.3. Análisis de regresión a nivel de consejero

En esta sección se analizan las características individuales de los consejeros a través del estudio de la muestra en términos de si se emitió o no un voto separado. De aquí se desprende que la variable dependiente debe interpretarse en el sentido que «1» signifique emitir un voto separado de la mayoría, mientras que «0» se refiere a no emitir un voto particular, incluyendo en este subgrupo aquellos que votaron con la minoría, pero decidieron no verbalizar por escrito su discrepancia.[45] Desafortunadamente, no contamos con información sobre esta posible distinción. Es una limitación que justifica la realización del análisis previo.

El análisis descriptivo a nivel de consejeros se presenta en la Tabla 5. En esta, más allá de los valores descritos en la Tabla 3 se incorporan estadísticos relativos a las característica descriptivas de los consejeros. Así, de media, un 50% de los consejeros tenían un pasado político, un 50% habían sido jueces o magistrados, un 26% había sido miembro del Consejo General del Poder Judicial y un 91% tenía formación jurídica.

<Tabla 5>

Dada la naturaleza de la variable dependiente, presentamos los resultados de una regresión Probit con *clusters* puesto que las observaciones individuales no son independientes. Los resultados de estas nuevas regresiones se presentan en la Tabla 6.[46] La primera y la segunda columna replican los análisis previos, considerando las variables específicas del caso (teniendo en cuenta primero y luego excluyendo, la variable explicativa sobre la duración del caso), mientras que en la tercera columna se añaden efectos fijos por los consejeros. Los resultados en términos de estas variables son idénticos a los presentados en la Tabla 4, hecho que nos confirma la robustez de nuestros resultados al análisis de caso y al análisis individual por consejero.

<Tabla 6>

Las características individuales han sido divididas en tres grupos distintos: (1) ideológicas (adscripción política o cercanía al partido del gobierno), (2) experiencia profesional (haber sido político, juez o antiguo miembro del CGPJ) y la exposición pública (medido con las métricas de Google references) y (3) demográficas (sexo, edad y permanencia en el Consejo). De la columna 4 a la 6 de la Tabla 6 se proveen los resultados estadísticos para estas variables.

[45] El consejero que ocupa la última posición de la Tabla 1, que no emitió durante este periodo ningún voto particular, ha sido excluido del análisis de la regresión a nivel individual.

[46] En la Tabla 6A del Apéndice presentamos una matriz de correlaciones parciales para las características individuales.

En lo relativo a las variables políticas o ideológicas, se afirma la no existencia aparente de ningún patrón estadísticamente significativo.

En referencia al bagaje o experiencia profesional, existe una variable relevante –aquellos consejeros que fueron en el pasado políticos (al 1% de significación) parecen aumentar la probabilidad de presentar un voto particular (un resultado consistente con lo presentado en la Tabla 4). La exposición (medida a través de las referencias de Google) y haber sido un antiguo miembro del CGPJ presentan un coeficiente positivo, mientras que haber sido juez tiene un efecto negativo, no obstante, ninguno de estos coeficientes es estadísticamente significativo.

Finalmente, en lo relativo a la demografía, se aprecia que la edad en el momento del nombramiento tiene un coeficiente negativo (al 1% de significación), reflejando así que los consejeros de avanzada edad son menos proclives a redactar votos particulares. El tiempo de permanencia en el Consejo también tiene un coeficiente negativo, pero no supera el baremo de significación. El sexo tiene un coeficiente positivo y significativo (al 1%), pero con este valor únicamente se está capturando el efecto de la presencia de dos consejeras de nuestra muestra (los efectos fijos de la misma, consecuentemente, fueron eliminados).

Los resultados nos indican que la decisión de formular un voto particular por escrito, cuando no hay una opinión unánime en el Consejo, está mayoritariamente relacionada con variables como la edad o la experiencia profesional y no por cuestiones políticas.

4.4. Discusión de los resultados

Los resultados concluyen que los consejeros españoles deciden emitir más votos particulares, cuando no hay unanimidad, en función de sus características (esencialmente en función de la edad y el bagaje profesional o laboral). Para realizar una correcta interpretación de este resultado se debe abordar desde sus dos aristas: se debe ahondar, primero, en las posibles razones que explican por qué las variables específicas del caso son menos relevantes y, segundo, en por qué las variables individuales tienen un mayor peso que el resto en la decisión de formular un voto particular.

Una explicación plausible para la primera pregunta puede radicar en la naturaleza del órgano colegiado en cuestión. Es decir, podría ser que el Consejo de Estado no tuviera una presión mediática o política elevada. En tal caso, sus miembros no estarán incentivados a utilizar el voto particular como altavoz de sus inquietudes o preocupaciones políticas. En otras palabras, puede ser que la relevancia de las opiniones que dicta el Consejo sea insuficiente para generar un impacto mediático a nivel político o legal que justifique la formulación de votos particulares. Si ese fuera el caso, las características individuales prevalecerían por delante de otros factores. En el marco de esta explicación, los resultados no indicarían que las características individuales son factores más relevantes en todos los órganos colegiados, antes al contrario, indicarían que hay heterogeneidad en el comportamiento de jueces o consejeros y que esta heterogeneidad predomina cuando otras dimensiones no están presentes.

Una explicación alternativa a la presentada anteriormente podría estar basada en la idea de que los atributos del caso importan para la determinación de la falta de consenso, pero pierden poder explicativo cuando el análisis se focaliza en la distinción entre disentir por escrito o hacerlo de forma oral. Bajo esta explicación las características individuales serían importantes para

determinar cuándo un consejero quiere manifestar su opinión disidente por escrito y no sólo manifestarla oralmente.

Los hallazgos aquí encontrados también encajan con la teoría de la elección racional. Considérese la edad, por ejemplo. La esperanza de vida es un factor clave que determina muchas decisiones financieras. Así, uno puede decidir hacer una determinada inversión en función de los años que le resten para jubilarse. Este mismo argumento se puede aplicar para el ámbito de las decisiones judiciales y, en este caso, del Consejo de Estado. La edad podría estar actuando como un factor de descuento de los beneficios o de los costes esperados que un consejero toma en consideración en el cálculo interno que realiza para determinar si va emitir un voto particular o no. Por ejemplo, si la edad de jubilación es próxima, los beneficios esperados de emitir un voto particular son limitados (la posibilidad de desarrollar una reputación o de influenciar en la institución) y, por tanto, son sobrepasados por los costes (el coste añadido que implica separarse de la mayoría).

Los resultados sugieren que los consejeros con una carrera política previa formulan un mayor número de votos particulares que los consejeros que habían sido antiguos jueces o magistrados. Esta implicación se podría explicar por el hecho de que los jueces en los sistemas de *civil law* tienden a preocuparse más por su legitimidad pública, mientras que los antiguos políticos están más acostumbrados a la exposición mediática. Con esta afirmación se estaría siendo plenamente coherente con la teoría del principal-agente.

5. Conclusiones

Los resultados estadísticos muestran que la decisión de emitir un voto particular está mayoritariamente relacionada con la experiencia profesional y con la edad (entendida en términos amplios) y no tanto con variables políticas o atributos concretos de cada caso.

Una posible explicación sería que estos resultados son específicos de la institución objeto de estudio, o de instituciones de semejanza relevante (por ejemplo, otros Consejos de Estado europeos o los distintos órganos consultivos de las Comunidades Autónomas). Una explicación alternativa sería que el grado de presión política o legal es demasiado bajo para justificar el coste de formular un voto particular. Así pues, la redacción de opiniones separadas a las de la mayoría por escrito se fundamentaría en atributos sobre la edad y las ocupaciones pasadas de los consejeros.

Otra explicación adicional permitiría una cierta generalización de los resultados más allá del Consejo de Estado español. En concreto, los resultados estarían indicando que, a pesar de que (como ya ha manifestado la literatura previa) las variables políticas y los atributos de cada caso son relevantes en la explicación sobre el desacuerdo en sede de un órgano colegiado, si se puede realizar la distinción entre el desacuerdo formal y el oral, las inclinaciones personales serían factores más influyentes en su manifestación por escrito.

6. Bibliografía

ALDER, John, «Dissents in Courts of Last Resort: A Tragic Choice», *Oxford Journal of Legal Studies*, 20, 2000, pp. 221-246.

AMARAL-GARCIA, Sofia/GAROUPA, Nuno, «Do Administrative Courts Favor the Government? Evidence from Medical Malpractice in Spain», *Journal of European Tort Law*, 6, 2015, pp. 241-259.

AMARAL-GARCIA, Sofia/GAROUPA, Nuno, «Judicial Behavior and Devolution at the Privy Council», *Review of Law and Economics*, 13, artículo núm. 2015-0013, 2017, pp. 1-40.

BADER GINSBURG, Ruth, «The Role of Dissenting Opinions», *Minnesota Law Review*, *95*, 2020, pp.1-8.

BERZON, Marsha S., «Dissent, "Dissentals", and Decision Making», *California Law Review*, 100, 2012, pp. 1479-1492.

BRENNAN, William J. JR., «In Defense of Dissents», *Hastings Law Journal*, 37, 1985, pp. 427-438.

DALLA PELLEGRINA, Lucia *et al.,* «Estimating Judicial Ideal Points in Bi-Dimensional Courts», *Journal of Empirical Legal Studies*, 17, 2020, pp. 383-415.

DALLA PELLEGRINA, Lucia *et al.*, «Estimating Judicial Ideal Points in the Spanish Supreme Court: The Case of Administrative Review», *International Review of Law and Economics*, 52, 2017, pp. 16-28.

DAUGHETY, Andrew F./REINGANUM, Jennifer F., «Speaking Up: A Model of Judicial Dissent and Discretionary Review», *Supreme Court Economic Review*, 14, 2006, pp. 1-41.

EDELMAN, Paul H. *et a.l*, «Consensus, Disorder, and Ideology on the Supreme Court», *Journal of Empirical Legal Studies*, 9, 2012, pp. 129-148.

EDWARDS, Harry T., «The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making», *University of Pennsylvania Law Review,* 151, 2003, pp. 1639-1660.

EPSTEIN, Lee *et al.*, «The Norm of Consensus on the U.S. Supreme Court», *American Journal of Political Science*, 45, 2001, pp. 362-377.

EPSTEIN, Lee *et al.*, «Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis», *Journal of Legal Analysis*, 3, 2011, pp. 101-137.

EPSTEIN, Lee *et al.*, *The Behavior of Federal Judges*, Harvard University Press, 2013.

FONT I LLOVET, Tomás, «Órganos Consultivos», *Revista de Administración Pública*, 108, 1985, pp. 53-86.

FISCHMAN, Joshua, «Estimating Preferences of Circuit Judges: A Model of Consensus Voting», *Journal of Law and Economics*, 54, 2011, pp. 781-809.

FISCHMAN, Joshua, «Interpreting Circuit Court Voting Patterns: A Social Interactions Framework», *Journal of Law, Economics and Organization*, 31, 2013, pp. 808-842.

GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, «El fracaso en España del modelo francés de Consejo de Estado (1845-1904)», *Documentación Administrativa*, 244-245, 1996, pp. 89-133.

GAROUPA, Nuno *et al.*, «Political Influence and Career Judiciary: An Empirical Analysis of Administrative Review by the Spanish Supreme Court», *Journal of Empirical Legal Studies*, 9, 2012, pp. 795-826.

GAROUPA, Nuno *et al.*, «Judging under Political Pressure: An Empirical Analysis of Constitutional Review», *Journal of Law, Economics and Organization*, 29, 2013, pp. 513-534.

GAROUPA, Nuno *et al.*, «Disagreeing in private or dissenting in public: an empirical exploration of possible motivations», *European Journal of Law and Economics,* 53, 2021, pp. 147-173.

GERBER, Scott D./PARK, Keeok, «The Quixotic Search for Consensus on the U.S. Supreme Court: A Cross-judicial Empirical Analysis of the Rehnquist Court Justices», *American Political Science Review*, 91, 1997, pp. 390-408.

HAIRE, Susan *et al.*, «Diversity, Deliberations, and Judicial Opinion Writing», *Journal of Law and Courts*, 1, 2013, pp. 303-330.

HANRETTY, Chris, «Dissent in Iberia: The Ideal Points of Justices on the Spanish and Portuguese Constitutional Court», *European Journal of Political Research*, 51, 2012, pp. 671-692.

HARNAY, Sophie/MARCIANO, Alain, «Judicial Conformity and Dissidence: An Economic Analysis of Judicial Precedent», *International Review of Law and Economics*, 23, 2003, pp. 405-420.

HETTINGER, Virginia A. *et al.,* «Comparing Attitudinal and Strategic Accounts of Dissenting: Behavior on the U.S. Courts of Appeals», *American Journal of Political Science*, 48, 2004, pp. 123-137.

HURWITZ, Mark S./LANIER DREW, Noble, «"I Respectfully Dissent": Consensus, Agendas, and Policymaking on the US Supreme Court, 1888-1999», *Review of Policy Research*, 21, 2004, pp. 429-445.

IARYCZOWER, Matias/SHUM, Matthew, «The Value of Information in the Court: Get it Right, Keep it Tight», *American Economic Review*, 102, 2012, pp. 202-237.

LAFFRANQUE, Julia, «Dissenting Opinion and Judicial Independence», *Juridica International,* 8, 2003, pp.162-172.

MCCORMICK, Peter J., «'Was it Something I Said?' Losing the Majority on the Modern Supreme Court of Canada, 1984-2011», *Osgoode Hall Law Journal,* 50, 2012, pp. 93-128.

MURO, Sergio *et al*., «Exploring Dissent in the Supreme Court of Argentina», *International Review of Law and Economics*, 63, Article 105909, 2020.

NAVARRO CABALLERO, María Teresa, «El Consejo de Estado. Origen histórico y regulación actual a la luz de la ley orgánica 3/2004, de 28 de diciembre», *Anales de Derecho, Universidad de Murcia,* 24, 2006, pp. 9-39.

NAURIN, Daniel/STIANSEN, Øvind, «Judicial Dissent and Compliance with the Inter-American Court of Human Rights», Working paper, on file with the authors, 2017.

NIBLETT, Anthony/YOON, Albert H., «Judicial Disharmony: A Study of Dissent», *International Review of Law and Economics*, 42, 2015, pp. 60-71.

PADOVANO, Fabio, «The Time-Varying Independence of Italian Peak Judicial Institutions», *Constitutional Political Economy*, 20, 2009, pp. 230-250.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón, «El Consejo de Estado», *Documentación Administrativa,* 226, 1991, pp.113-128.

RAFFAELI, Rosa, «Dissenting Opinions in the Supreme Courts of the Member State, European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs», available at *http://www.europarl.europa.eu/studies*, 2012.

SALAMONE, Michael F., «Judicial Consensus and Public Opinion: Conditional Response to Supreme Court Majority Size», *Political Research Quarterly*, 20, 2013, pp. 320-334.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General II*, segunda edición, IUSTEL, Madrid, 2009.

STACK, Kevin, «The Practice of Dissent in the Supreme Court», *Yale Law Journal*, 105, 1996, pp. 2235-2259.

SUNSTEIN, CASS, «Unanimity and Disagreement on the Supreme Court», *Cornell Law Review*, 100, 2015, pp. 769-823.

VERA SANTOS, José Manuel, «Cuarenta años del Consejo de Estado, o de cómo seguir siendo órgano consultivo y no morir en el intento», *Revista de Derecho Político*, 101, 2018, pp. 309-349.

VITALE, David, «The Value of Dissent in Constitutional Adjudication: A Context-Specific Analysis», *Review of Constitutional Studies*, 19, 2014, pp. 83-108.

WAHLBECK, Paul J. *et al.*, «The Politics of Dissents and Concurrences on the U.S. Supreme Court», *American Politics Research*, 27, 1999, pp. 488-514.

WALKER, Thomas G. *et al.*, «On the Mysterious Demise of Consensual Norms in the United States Supreme Court», *Journal of Politics*, 50, 1988, pp. 361-389.

WOOD, Diane, «When to Hold, when to Fold, and when to Reshuffle: The Art of Decisionmaking on a Multi-member Court», *California Law Review*, 100, 2012, pp. 1445-1477.

ZINK, James R. *et al*., «Courting the Public: The Influence of Decision Attributes on Individuals' Views of Court Opinions», *Journal of Politics*, 71, 2009, pp. 909-925.

APÉNDICE

Tabla 1
Consejeros Permanentes: 2002-2018

Nombre	Adscripción político	Derecha	Experiencia	Periodo (hasta 2018)	Número de votos particulares	Porcentaje de votos particulares
José Luis Manzanares Samaniego	PP	Sí	Juez de carrera/ CGPJ	Desde 1997	193	20.3%
Enrique Alonso García	PSOE	No	Otro	Desde 2006	69	14.3%
Fernando de Mateo Lage	PSOE	No	Juez de carrera	1991-2008	78	13.7%
Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón	PP	Sí	Político	Desde 2009	29	7.6%
María Teresa Fernández de la Vega Sanz	PSOE	No	Juez de carrera/ Político	Desde 2010	21	7.3%
Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer	PSOE	No	Político	Desde 1996	55	5.8%
Jerónimo Arozamena Sierra	UCD/PP	Sí	Juez de carrera/ Político	1986-2009	16	2.7%
Miguel Vizcaíno Márquez	Franquismo	Sí	Otro	1972-2014	20	2.4%
Fernando Ledesma Bartret	PSOE	No	Juez de carrera/ Político/ CGPJ	Desde 1991	20	2.1%
Landelino Lavilla Alsina	UCD	Sí	Político	Desde 1982	16	1.7%
Antonio Pérez-Tenessa Hernández	PP	Sí	Otro	1991-2006	8	1.7%
Juan Velarde Fuertes	PP	Sí	Otro	Desde 2015	1	0.8%
Francisco Rubio Llorente	UCD/PSOE	No	Político	2004-2012	2	0.4%

Antonio Sánchez del Corral y del Rio	Franquismo	Sí	Juez de carrera	1974-2012	2	0.3%
Eduardo Jauralde Morgado	PSOE	No	Juez de carrera/ CGPJ	1985-2007	1	0.2%
Alberto Aza Arias	UCD/PP	Sí	Político	Desde 2012	0	0.0%
José Manuel Romay Beccaría (Presidente 2003-2004 y 2012-2018)	UCD/PP	Sí	Político	2003-2004 y 2012-2018	0	0.0%
TOTAL					**531**	**5.7%**

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.
Fuente: Consejo de Estado, con cálculos propios de los autores.

Tabla 2
Número de votos particulares por dictámenes sin unanimidad

Número de votos particulares	Observaciones	Porcentaje
0	551	57.9%
1	284	29.8%
2	107	11.2%
3	7	0.7%
4	3	0.3%
Total	**952**	**100%**

Tabla 3
Variable dependiente y variables explicativas, a nivel de caso

		Mínimo	Máximo	Media	Desviación estándar
Número de votos particulares		0	4	0.558	0.74
Año de entrada		2002	2018	2007.5	4.7
Año de salida		2002	2018	2007.7	4.69
Duración	En meses	1	16	2.41	1.55
Vinculante	La opinión es vinculante	0	1	0.07	0.26
Legislación	La petición es sobre la revisión de una norma	0	1	0.19	0.4
Parte privada gana	La parte privada gana el caso	0	1	0.32	0.46
T1	Ministerio de Justicia y de Interior	0	1	0.40	0.49
T2	Ministerio de Finanzas y Hacienda Pública	0	1	0.06	0.23

T3	Ministerio de Economía y relacionados	0	1	0.18	0.38
T4	Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas	0	1	0.67	0.47
T5	Impuestos y pensiones	0	1	0.02	0.14
T6	Comunidades Autónomas	0	1	0.19	0.4
Derecha	Porcentaje de jueces alineados al eje político de la derecha.	0.45	0.60	0.55	0.04
Igual	Porcentaje de jueces del mismo partido que el gobierno (izquierda/derecha)	0.40	0.60	0.54	0.06
Político	Porcentaje de políticos	0.33	0.75	0.47	0.12
Juez	Porcentaje de jueces de carrera	0.33	0.6	0.48	0.11
CGPJ	Porcentaje de antiguos miembros del CGPJ	0.20	0.30	0.25	0.04
CC	Porcentaje de antiguos jueces del TC	0.20	0.3	0.24	0.03
Derecho	Porcentaje de graduados en derecho	0.18	0.4	0.24	0.06
Edad	Edad media en el nombramiento	61.1	66.5	62.9	1.52
Permanencia	Media de permanencia en el Consejo (en años)	13	19.2	16.3	1.09
Google	Media de las referencias Google (en Enero de 2020)	6.355,6	47.552,5	20.126,51	15.333,63

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

Tabla 4
Variables explicativas. Regresión a nivel de caso (Poisson, en la que la variable dependiente es el número de votos particulares emitidos)

Constante	1.482	0.3	94.13	218.25	-50.39	-386.55
Añado de entrada	-0.012	-0.069	0.006	-0.019	-0.026	0.03
Año de salida	0.011	0.068	0.004	-0.09	0.057	0.17
Duración	0.048*		0.054**	0.055**	0.052*	0.059**
Vinculante	-0.148	-0.150	-0.141	-0.152	-0.136	-0.166
Legislación	0.03	0.002	0.022	0.036	0.043	0.02
Parte privada gana	-0.18*	-0.179*	-0.174*	-0.176*	-0.182*	-0.188*
T1	-0.022	-0.019	-0.086	-0.123	-0.078	-0.134
T2	-0.19	-0.191	-0.331	-0.363	-0.303	-0.359
T3	-0.411	-0.431	-0.451	-0.481	-0.446	-0.501
T4	-0.225	-0.224	-0.276	-0.290	-0.243	-0.322
T5	-0.575*	-0.581*	-0.631*	-0.652*	-0.60*	-0.675**
Complejidad	0.203	0.205	0.255	0.294	0.25	0.313
Derecha			2.05*			7.123
Igual			-0.374			3.422
Político				1.891		-4.994
Juez				-1.623		1.751
CGPJ				0.48		6.463
CC				0.982		4.225
Derecho				-0.866		2.179
Google				0.00001		0.00002
Edad					-0.159**	-0.3
Permanencia					-0.144***	-0.18
Número de observaciones	952	952	952	952	952	952
Pseudo R2	0.017	0.015	0.020	0.022	0.021	0.025

* 10% de significación, ** 5% de significación, *** 1% significación

Tabla 5
Variable dependiente y variables explicativas. Regresión a nivel de Consejero

		Mínimo	Máximo	Media	Desviación Estándar
Voto particular		0	1	0.057	0.23
Año de entrada		2002	2018	2007.1	4.49
Año de salida		2002	2018	2007.3	4.48
Duración	En meses	1	16	2.40	1.52
Vinculante	La opinión es vinculante	0	1	0.07	0.25
Legislación	La petición es sobre la revisión de una norma	0	1	0.19	0.39
Parte privada gana	La parte privada gana el caso	0	1	0.31	0.46
T1	Ministerio de Justicia y de Interior	0	1	0.39	0.49
T2	Ministerio de Finanzas y de Hacienda Públcia	0	1	0.05	0.22
T3	Ministerio de Economía y relacionados	0	1	0.17	0.37
T4	Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas	0	1	0.69	0.47
T5	Comunidades Autónoomas	0	1	0.20	0.4
T6	Impuestos y pensiones	0	1	0.02	0.14
Complejidad	Suma de T1 a T6	0	3	1.52	0.67
Derecha	Cercanía al eje de la derecha	0	1	0.54	0.5
Igual	Mismo partido (derecho/izquierda) que el de gobierno	0	1	0.52	0.5
Político	Antiguo político	0	1	0.50	0.5
Juez	Antiguo juez de carrera	0	1	0.50	0.5
CGPJ	Antiguo miembro del CGPJ	0	1	0.26	0.44
CC	Antiguo miembro del TC	0	1	0.25	0.43
Derecho	Disponer de un grado en derecho (o equivalente)	0	1	0.91	0.29

Google	Referencias de Google (en Enero de 2020)	342	277,000	19,664.7	47,866
Sexo	Sexo (*María Teresa Fernández de la Vega Sanz*)	0	1	0.03	0.17
Edad	Edad en el momento del nombramiento	48	88	61.4	8.21
Permanencia	Permanencia (en años)	0	42	16.7	10.27
Presidente	Presidente del Consejo de Estado (Francisco Rubio Llorente de 2004 a 2012)	0	1	0.05	0.22

CGPJ: *Consejo General del Poder Judicial.*

Tabla 6
Variables explicativas. Regresión a nivel de Consejero (Probit, en la que la variable dependiente es el voto particular)

Constante	-22.5***	-23.2***	-9.40	-22.1**	-53.5***	-23.7**	-42.1***	-55.24***
Año de entrada	-0.013	-0.041	-0.019	-0.013	-0.015	-0.015	-0.029	-0.109
Año de salida	0.023	0.052	0.023	0.024	0.04	0.026	0.045	0.135
Duración	0.026*		0.026**	0.026**	0.027**	0.029**	0.028**	0.047**
Vinculante	-0.071	-0.077	-0.056	-0.07	-0.042	-0.059	-0.028	0.139
Legislación	0.023	0.006	0.064	0.023	0.047	0.032	0.079	0.911
Parte privada gana	-0.09*	-0.09*	-0.064	-0.089*	-0.074	-0.069	-0.074	
T1	0.099	0.089	0.021	0.011	-0.017	-0.007	-0.038	3.72***
T2	-0.06	-0.061	-0.029	-0.057	-0.081	-0.088	-0.09	4.00***
T3	-0.19	-0.203	-0.169	-0.188	-0.188	-0.192	-0.21	3.65***
T4	-0.1	-0.103	-0.057	-0.096	-0.095	-0.081	-0.066	3.88***
T5	-0.261	-0.269	-0.252	-0.259	-0.277	-0.28	-0.287	3.60***
Complejidad	0.09	0.09	0.057	0.083	0.069	0.089	0.08	-3.81***
Derecha				0.004			0.42***	0.29***
Igual				-0.05			-0.069	0.054
Político					-0.63***		-1.65***	
Juez					0.29***		0.59***	
CGPJ					-0.011		-0.046	
CC					0.188**		0.5***	
Derecho					1.50***		1.50***	
Google					0.000002		0.00005***	
Sexo						0.43***	12.16***	
Edad						-0.001	-0.07***	
Permanencia						-0.04***	-0.03***	
Presidente						-1.52***	-1.11***	

Número de observaciones	9,235	9,235	9,235	9,235	9,235	9,235	9,235	2,856(a)
Pseudo R2	0.010	0.009	0.065	0.010	0.078	0.076	0.151	0.031
Clusters	952	952	952	952	952	952	952	300
Efectos fijos por consejero	NO	NO	SÍ (x)	NO	NO	NO	NO	NO

* 10% de significación, ** 5% significación, *** 1% de significación
(x) Efectos fijos por Consejero con un ratio superior a la media superior de emisión de votos particulares.
(a) Únicamente casos en los que una parte privada gana.

Tabla 6A
Variables explicativas. Regresión a nivel de Consejero. Matriz con correlaciones parciales.

	Derecha	Igual	Político	Juez	CGPJ	CC	Derecho	Google	Edad	Permanencia	Pres
Derecha	***1***										
Igual	0.22	***1***									
Político	-0.24	-0.04	***1***								
Juez	-0.10	-0.13	-0.19	***1***							
CGPJ	-0.18	-0.08	-0.12	0.60	***1***						
CC	-0.33	-0.04	0.58	-0.13	-0.34	***1***					
Derecho	-0.29	-0.04	0.31	-0.23	0.19	0.18	***1***				
Google	-0.27	-0.11	0.32	0.07	-0.15	0.44	0.09	***1***			
Edad	-0.07	0.09	-0.44	-0.002	0.10	0.07	-0.07	0.07	***1***		
Permanencia	0.44	-0.03	-0.21	0.03	-0.11	-0.34	-0.32	-0.37	-0.48	***1***	
Pres	-0.25	0.11	0.23	-0.23	-0.14	0.40	0.07	0.12	0.35	-0.31	***1***

InDret
3.2022

Glòria Ortega Puente
Universitat Autònoma de Barcelona
-

La audiencia de los niños, niñas y adolescentes

Configuración jurídica y problemática procesal en los procedimientos judiciales de familia

Sumario
-
La audiencia de los niños, niñas y adolescentes es una actuación procesal esencial en los procedimientos judiciales de familia. La observancia de ciertos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de acordar y realizar la audiencia deviene imprescindible para garantizar el ejercicio de este derecho y preservar el interés superior de la persona menor. Por ahora, la regulación procesal resulta insuficiente y deficiente y ello genera la conculcación del derecho a que la persona menor sea escuchada en los procedimientos que le afectan, y a que sus manifestaciones puedan ser tenidas en cuenta, con los perjuicios que esta vulneración provoca. En el presente artículo se plantean estos desajustes, se atiende a la naturaleza jurídica de la audiencia y se ponen de relieve las fuentes normativas donde se halla regulada.

Abstract
-
In family court proceedings, the hearing of the minor children must be conceived as an essential procedural action. Compliance with the criteria that must be taken into account becomes essential according to respect their rights. There are still disparate criteria and the procedural regulation is insufficient and deficient. This problem generates the violation of the children's rights in the procedures that affect him and that his manifestations can be taken into account, with damages that this violation causes to the person. This article discusses these imbalances, in addition to alluding to the legal nature of this right and the normative sources where it is regulated.

Title: *Hearing of the children and adolescents. Legal configurations and procedural problems in family court proceedings.*
-
Palabras clave: audiencia de los niños, niñas y adolescentes; derechos de los niños, ser escuchado, interés superior, procesos de familia, justicia adaptada a las personas menores.
***Keywords*:** *hearing of the children and adolescents, children rights, be heard, best interests of the child, family court proceedings, child-friendly justice.*
-
DOI: 10.31009/InDret.2022.i3.10

InDret

3.2022

Recepción
29/03/2022
-
Aceptación
29/04/2022
-

Índice

-

1. Introducción
2. Configuración jurídica
2.1. Naturaleza jurídica
2.2. Marco normativo
a. Marco supranacional
b. Marco estatal
c. Marco autonómico catalán
2.3. Desajustes entre la normativa sustantiva y procesal
3. Deficiencias de la audiencia en la práctica procesal
3.1. La falta de regulación suficiente y la existencia de preceptos con contenido diverso e insuficiente provocan la vulneración del derecho de los NNA a ser escuchados
3.2. El criterio de la edad de la persona menor aplicado de forma automática no propicia la escucha de los NNA y restringe su derecho a ser escuchados
3.3. La audiencia mal sustituida por el dictamen de especialistas
3.4. La necesidad de diseñar pautas y criterios para el desarrollo de cada audiencia y que sean adaptables a cada NNA
3.5. La determinación del juicio de madurez y aptitud suficiente para la práctica de la audiencia
3.6. La obligación de levantar acta de la audiencia y el derecho a la intimidad
3.7. Las consideraciones y valoraciones de las opiniones manifestadas por los NNA en la audiencia
3.8. La comunicación a los NNA de la resolución sobre aquello que les afecta, sobre cómo se han tenido en cuenta sus manifestaciones y sobre de qué recursos disponen para la impugnación de la misma
4. Conclusiones
5. Bibliografía

-

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

1. Introducción. [1*]

En la práctica procesal del derecho de familia, se detectan anomalías en el reconocimiento y práctica de la audiencia de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA). Su audiencia es, en no pocas ocasiones, denegada u obviada sin un claro fundamento. A ello se le aúna que la regulación procesal puede resultar contradictoria y, además, es sumamente deficiente. Este contexto para nada favorece a que se conciba a esta audiencia, como lo que es, el acto que posibilita al NNA ser escuchado en los procedimientos judiciales que le afectan[2].

La audiencia de los NNA es un acto procesal ineludible siempre que las circunstancias concurrentes la permitan y siempre atendiendo a su interés superior. La falta de recursos y de formación especializada, unido al grave y estructural colapso de los órganos judiciales dificulta la observancia estricta de este derecho, lo que provoca que en la práctica los NNA en muchos casos no sean escuchados o que, si lo son, su audiencia o entrevista no se lleve a cabo en las mejores condiciones.

Posiblemente otra causa de la vulneración de este derecho se explica en que tanto las normas sustantivas como las procesales parten de una premisa errónea, al considerar a los NNA sujetos pasivos a los que debe preservarse del procedimiento judicial sin atender a que son sujetos de pleno derecho y a que la protección de su interés pasa también por garantizar y preservar su derecho a ser escuchados y a participar en el proceso que les afecta.

El presente análisis comenzará con una aproximación a la configuración jurídica de la audiencia, para después enfocarse en determinados desajustes existentes entre la normativa sustantiva y la procesal. También se destacarán algunas deficiencias que se advierten en la práctica procesal, y, por último, se recogerán las conclusiones alcanzadas.

2. Configuración jurídica

2.1. Naturaleza jurídica

Deviene esencial atender a la determinación de la naturaleza jurídica de la audiencia de los NNA (todavía denominada exploración del menor) en aras de comprender su alcance y trascendencia. La doctrina ha profundizado en su estudio y, aunque tradicionalmente se había discutido acerca de si podía o no podía considerarse un medio de prueba y recibir como tal un determinado tratamiento procesal (para lo que se analizaba si la audiencia era susceptible o no

---

[1*] Autora: Glòria Ortega Puente (gloria.ortega@uab.cat). Abogada y profesora asociada en la *Universitat Autònoma de Barcelona* (UAB). El presente trabajo ha sido elaborado con una beca a proyectos de investigación de derecho civil catalán del *Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Catalunya* (CEJFE), Edición 2021. Agradezco al CEJFE la ayuda a la investigación y, muy especialmente, a la coautora del proyecto de investigación, la Dra. Judith Solé Resina.

[2] Esta afectación no es para nada baladí si atendemos a la trascendencia de las cuestiones que se pueden plantear para un menor en los procedimientos judiciales de familia, en los que se tomarán decisiones que afectarán de forma muy significativa a sus derechos fundamentales. Esta audiencia también resulta necesaria en los procedimientos administrativos, penales o de cualquier índole que les afecten. También, como no puede ser de otro modo, en los mecanismos adecuados de solución de controversias (MASC), como la mediación. Por criterios de extensión y de especialización el presente artículo se ciñe a los procedimientos judiciales en materia de familia (ya sean tramitados por la vía contenciosa o de mutuo acuerdo, así como, a los procedimientos de jurisdicción voluntaria) y en cualquier fase procesal o instancia.

de aplicación de los preceptos relativos a la proposición y práctica de la prueba o bien si no podía recibir tal consideración)[3]; parece superada la cuestión al existir ya sendos pronunciamientos por parte de los Tribunales al respecto.

Tras la reforma de la LEC (2000) la doctrina ya advertía que la ley procesal no recogía previsión alguna sobre el modo en que debía realizarse esta audiencia. González Pillado y Grande Seara (2004) ya señalaban, en este sentido, que la audiencia no podía equipararse a una prueba testifical, y, añadían que, al no resultar de aplicación las normas que regulaban la práctica de la prueba ni las normas generales de valoración de la misma, en la audiencia debían excluirse las partes «pues su presencia podría resultar perturbadora para el menor»[4]. Estos autores también coincidían con Guzmán Fluja y Castillejo Manzanares (2000) al afirmar estos últimos que la necesidad de la audiencia se explica al ser su objetivo garantizar la escucha de la persona menor, pudiendo el menor «exponer y defender los intereses familiares y o económicos» que le afectan, e ilustrar a la autoridad judicial[5].

Actualmente, parece una cuestión pacífica que la exploración o entrevista de las personas menores no puede ser considerada medio de prueba, pues la razón de su práctica no estriba en la acreditación de unos hechos, sino que se trata más bien una diligencia del procedimiento que sirve a dar cumplimiento al derecho de la persona menor a ser escuchada.

Así, la STS 18/2018, Civil, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2018:41), en su Fundamento Jurídico cuarto esgrime, entre otros extremos, que «la exploración tiene por objeto indagar sobre el interés, para su debida protección», y por ello no puede ser considerado propiamente una prueba, habida cuenta de que, su interés y su voluntad pueden no ser coincidentes[6].

En este mismo sentido, se pronunciaba la SAP Barcelona 596/2015, Sección decimoctava, de 28 de julio (ECLI:ES:APB:2015:6870), que, en su Fundamento Jurídico tercero señalaba que «no puede considerarse como medio de prueba sino como una *diligencia destinada a satisfacer y dar cumplimiento al derecho del niño a ser oído*», y que, en consecuencia, no puede ser considerada un reconocimiento judicial ni le son tampoco exigibles los requisitos ni preceptos procesales propios de los medios de prueba[7].

---

[3] Para profundizar en la cuestión planteada, vid. Caso Señal /Atares García, «Naturaleza jurídica» en Abel LLuch (Cord.), *La audiencia del menor en los procesos de familia*, Editorial Jurídica Sepín, 2019, pp.27-30.

[4] Vid. González Pillado/ Grande Seara, *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant monografías 321, 2004, pp. 228.

[5] Vid. Guzmán Fluja/ Castillejo Manzanares, *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Dirección General de Acción Social del Menor y de la Familia, 2000, pp. 110-111.

[6] La referida resolución , en su FJ4 recoge que: «(…) Para la mejor inteligencia de la decisión de la sala se ha de tener en cuenta, según lo expuesto en las consideraciones previas, que *la exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de éste, para su debida protección, y por ende no es propiamente una prueba*, de forma que el interés del mismo no necesariamente ha de coincidir con su voluntad, debiendo valorar el juez su madurez y si sus deseos son propios del capricho o de influencias externas. (…) ».

[7]Tal y como se afirma en la Sentencia: «En cuanto a la vulneración de los art. 187 y 358 de la LEC por no haberse dado traslado del contenido de la exploración de la menor, motivo que se examina con carácter previo al también denunciado de error en la valoración de la prueba, cabe señalar que *la exploración judicial no puede considerarse como un medio de prueba sino como una diligencia destinada a satisfacer y dar cumplimiento al derecho del menor a ser oído*. Es por ello que no resultan de aplicación las exigencias procesales de los medios de prueba, ni puede considerarse la exploración como un reconocimiento judicial. El menor o la menor no es objeto de reconocimiento por parte del Juez, no resulta de aplicación el art. 358 LEC que se ha citado como infringido. *La exploración es el medio que permite a los menores ejercitar un derecho, el derecho a ser oídos que se encuentra*

La mayor parte de la doctrina también coincide en entender que la audiencia no puede considerarse un medio de prueba ni recibir este tratamiento procesal. En este sentido, se ha venido argumentando, que la audiencia no puede reputarse medio de prueba al no hallarse contenida en la enumeración del artículo 299 de la LEC; o a otras cuestiones como que por su propia idiosincrasia debe ser excluida de esta categorización al no serle aplicables los principios de contradicción o de publicidad; o al entender que la persona menor no puede ser considerada objeto reconocido como si de un reconocimiento judicial se tratase, sino que es el sujeto que ejercita el derecho que le corresponde, entre otros motivos[8].

2.2. Marco normativo

a. Marco supranacional

En el plano supranacional, resulta imprescindible invocar el contenido de la *Convención sobre los Derechos del Niño*[9], adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y que, desde la premisa de la necesaria concepción de las personas menores como sujetos de derechos, en su artículo 12 recoge que «los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un *juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente* en *todos* los asuntos que afectan al niño, *teniéndose debidamente en cuenta* las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño» siendo para ello necesario ofrecer al niño la oportunidad de «ser *escuchado en todo procedimiento* judicial o administrativo que (le afecte), ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.»

Este precepto se erige como principio general de la Convención, del mismo modo que el derecho a la vida, el derecho a su interés superior y el derecho a la no discriminación, lo que implica que a la luz de todos ellos deberán ser interpretados y aplicados los demás derechos.

Respecto al citado precepto, es necesario atender a las observaciones efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. En su *Observación General nº12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado*[10] el Comité afirma que el mandato contenido en el artículo 12 de la Convención implica una obligación de los Estados partes de «evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que *los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad* para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; *no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad*». Esta afirmación del Comité resulta especialmente

recogido en múltiples instrumentos jurídicos internacionales: sin ánimo de ser exhaustivos, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20-11-1989, en el art. 12; en la Carta Europea de los Derechos del Niño de 8 de Julio de 1992, art. 8, 14; y en la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Menores, adoptada en Estrasburgo el 25-1-1996, art. 6, b). En la legislación interna, en el Código Civil, art. 92; en la LEC art. 770,4 y en el CCCat art. 211-6.»

[8] En este sentido se pronuncian, entre otros autores, Abel LLuch, «La audiencia del menor de edad en los procesos de familia» en Miranda Vázquez (coord.) / Picó i Junoy (dir.)/ Abel LLuch (Dir.), *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba,* Bosch editor, 2018, pp. 311-314.

[9] BOE-A-1990-31312 https://www.boe.es/eli/es/ai/1989/11/20/(1)

[10] Observación General nº12. Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Consultable en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf

relevante y nos conecta con la mala aplicación del mandato en la realidad práctica, cuestión que será abordada más adelante.

En esta misma Observación General el Comité ya desaconseja que los Estados acojan el criterio cronológico de la edad de la persona, como se aplica en nuestro ordenamiento, al entender que puede propiciar (como efectivamente ocurre) restricciones en el ejercicio de este derecho. También es necesario señalar que el Comité alude a que cuando en el precepto se indica que el niño tiene *derecho a expresar su opinión libremente* no sólo se refiere a que lo pueda hacer sin presiones, sino a que tiene derecho a *elegir si quiere o no expresarse* sobre aquel asunto que le afecta y del que se le está preguntando o sólo quiere expresar su opinión sobre *alguno o algunos de los aspectos* que se le plantean. Todo ello requiere como premisa que los NNA cuenten con *información suficiente, accesible y comprensible* para que ellos puedan decidir si quieren o no expresarse, que conozcan previamente sobre lo que se les va a preguntar o plantear, y, asimismo, que comprendan cómo sus manifestaciones pueden ser tenidas en cuenta y a qué efectos.

En el marco de la Unión Europea es necesario considerar el contenido de la *Carta Europea de los Derechos del Niño, de 21 de septiembre de 1992*[11] que insiste en la necesidad de velar por el derecho de los niños a manifestar sus opiniones, debiendo ser escuchado «*siempre que ello no implique riesgo o perjuicio alguno para el niño*» y «desde el momento en que su madurez y edad lo permitan en *todas las decisiones que le afecten*. Con objeto de ayudar a tomar una decisión a las personas competentes, el niño deberá ser oído, especialmente en todos aquellos procedimientos y decisiones que impliquen la modificación del ejercicio de la patria potestad, la determinación de la guarda y custodia, la designación de su tutor legal, su entrega en adopción o su eventual colocación en una institución familiar, educativa o con fines de reinserción social.»

Asimismo, fruto de la promulgación de normas en favor de los derechos de los NNA por parte del Consejo de Europa, debe destacarse el *Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños, de 25 de enero de 1996*[12], que, en su capítulo II, dedicado a las medidas procesales para promover el ejercicio de los derechos de los niños, recoge que cuando el derecho interno considere que el niño tiene la madurez o grado de discernimiento suficiente tiene derecho a «*recibir toda la información pertinente; ser consultado y expresar su opinión; ser informado de las posibles consecuencias de actuar conforme a esa opinión y de las posibles consecuencias de cualquier resolución*», y recalca que todos estos derechos podrán «*ser exigidos*» *por la persona menor* (art.3). Se recoge también en este mismo Convenio el derecho del niño a solicitar que le sea designado un representante en los procedimientos que le afecten en los supuestos en los que los titulares de las responsabilidades parentales no lo puedan representar o bien concurra conflicto de intereses con éstos (art.4); así como también, como otros derechos procesales, se sugiere que los Estados miembros examinen conceder a los NNA otros derechos como el de solicitar por sí mismos la asistencia de una persona «apropiada» de su elección como representante para expresar su opinión o solicitar otro representante o un abogado; así como el derecho a ejercitar todo o parte de los derechos que tengan las partes en los procedimientos

[11] DOCE nº C 241, de 21 de setembre de 1992. (p.15)
Consultable en: https://www.caib.es/sacmicrofront/archivopub.do?ctrl=MCRST97ZI36262&id=36262

[12] BOE-A-2015-1752. Consultable en: https://www.boe.es/eli/es/ai/1996/01/25/(1)

que les afecten. También alude el Convenio a la actuación del tribunal o de las autoridades administrativas en los procedimientos que afectan a los NNA, y, en este sentido, se recoge que deben actuar «con prontitud para evitar toda demora inútil[13]» (art. 7), y, que, antes de tomar una decisión que afecte a los NNA, el órgano decisorio debe «examinar si dispone de información suficiente con el fin de tomar una decisión en el interés superior de aquél y, en su caso, recabar información complementaria, en particular de los titulares de las responsabilidades parentales» y que cuando el NNA cuente, según el derecho interno, con el «discernimiento suficiente» debe «*asegurarse de que el niño ha recibido toda la información pertinente;* consultar personalmente al niño en los casos oportunos, si es necesario en privado, directamente o por mediación de otras personas u organismos, de *una forma apropiada a su discernimiento, a menos que ello sea manifiestamente contrario a los intereses superiores del niño; permitir al niño expresar su opinión*», así como tener en cuenta debidamente la opinión expresada (art.6) .

Volviendo a los instrumentos normativos de la Unión Europea, es necesario mencionar también el contenido de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000*[14], que también explicita como derecho de la persona menor el «expresar su opinión *libremente*» y a que estas opiniones sean tenidas en cuenta en los asuntos que les afecten «en función de su grado de *madurez*», constituyendo su interés superior una «*consideración primordial*» (Art.24).

Por último, es necesario aludir al contenido de la *Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2019, sobre los derechos del niño con ocasión de la celebración del 30.º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*[15], que insta a los Estados miembros a que en aplicación de las directrices del Consejo de Europa adapte la justicia a los NNA (*child-friendly justice*) destacando que «el interés superior del niño debe ser siempre una consideración primordial en las decisiones que afecten a los menores en contacto con el sistema judicial, y que *debe respetarse siempre el derecho del menor a ser escuchado*, de conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño»; y recuerda que deben establecerse salvaguardas específicas para los menores que entran en contacto con el sistema judicial, en particular en asuntos de familia, como el divorcio o la adopción, así como en cuestiones administrativas (Obs.33)[16].

---

[13] Debe señalarse que la demora en los procesos de familia en los que se hallan implicadas personas menores provoca a los hijos/as un perjuicio muchas veces irreparable, pues infancia sólo hay una y esta es irrecuperable. No sólo la situación por la que atraviesa les afectará en ese momento, sino que los efectos que conlleve la decisión que se dicte perduraran durante un lapso temporal crucial en su desarrollo vital. Pero, además, dejarán huella en la formación de su personalidad y en cómo la persona concibe su relación hacía sí misma y para con los demás. Esta preocupación subyace en el contenido del artículo 2 de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor* (LOPJM), relativo al interés superior del menor, al recoger en su apartado tercero como elemento general que coadyuva con otros criterios para determinar su interés superior «El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo», así como, la «necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro»; entre otros. BOE-A-1996-1069. Consultable en: https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con

[14] DOUE C 364/1 (2000/C 364/01) Consultable en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

[15] (2019/2876 (RSP)) Consultable en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0066_ES.html

[16] Vid. en este sentido, Consejo de Europa, «Strategy for the Rights of the Child (2016-2021)»,2016, en la que se recalca que: «los sistemas judiciales europeos siguen sin estar suficientemente adaptados a las necesidades concretas de los niños. Las investigaciones demuestran que los derechos de los niños a ser escuchados,

b. Marco estatal

La *Constitución Española* en su artículo 39 dispone que los poderes públicos deben «asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia» y que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»[17].

Asimismo, la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*[18], acogiendo algunas de las recomendaciones contenidas en la Observación general nº14 (2013) del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas[19], supuso la consagración en el contexto normativo estatal del principio del interés superior de las personas menores como principio general[20], así como de la necesidad de interpretar cualquier disposición normativa que afecte a los NNA conforme a la normativa internacional.

---

informados, protegidos y no discriminados no siempre se respetan en la práctica (...)»" incluyéndose estrategias para la implementación de una justicia adaptada a los NNA. Consultable en: https://rm.coe.int/168066cff8

Vid. también *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño*. Consultable en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e769a102-8d88-11eb-b85c-01aa75ed71a1.0013.02/DOC_1&format=PDF

En esta se recogen, entre otras consideraciones y recomendaciones, que: «A veces, los profesionales carecen de formación para interactuar con menores de una manera apropiada a su edad, incluso a la hora de comunicar los resultados de un procedimiento, y para respetar el interés superior del menor. No siempre se respeta el derecho del menor a ser oído y no siempre existen mecanismos para evitar múltiples audiencias o recogidas de pruebas en las que intervienen niños», invitando a los estados miembros a: «apoyar a los proveedores de formación judicial y a todos los organismos profesionales pertinentes para incorporar en sus actividades los derechos del niño y una justicia accesible y adaptada a los niños; asignar, a tal fin, los recursos necesarios para las mencionadas actividades de desarrollo de capacidades (...)».

[17] BOE-A-1978-31229 Consultable en: https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con

[18] BOE-A-2015-8222 Consultable en: https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8

[19] Vid. Observación General nº14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, 29 de mayo de 2014, CRC/C/GC/14. Consultable en: https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-14-principio-interes-superior-2013-.pdf

[20] Así se recoge en el Preámbulo de la LO 8/2015, en el que se hace constar: «Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el *derecho del menor a que su interés superior sea prioritario*, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este *concepto se define desde un contenido triple*. Por una parte, es un *derecho sustantivo* en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un *principio general de carácter interpretativo*, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una *norma de procedimiento*. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. A la luz de estas consideraciones, es claro que *la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio*.»

La antedicha Ley Orgánica dotó de contenido a la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*[21] *(LOPJM)*, concretando qué debía entenderse por interés superior de la persona menor, indicándose en el artículo 2 de esta última, tras la modificación operada por la primera, que toda persona menor tiene derecho a que sea valorado su interés superior y a que se tengan en consideración sus «deseos, sentimientos y opiniones», además de que tiene derecho a «participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior»[22].

Siguiendo con este mismo precepto contenido en la LOPJM, es necesario también destacar que, en su punto quinto, que también fue introducido por la ya referida LO 8/2015 y que ha sido modificado por la *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*[23] *(LOPIIA),* se recoge que «*toda resolución* de *cualquier orden jurisdiccional* y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser *adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar* en el proceso de acuerdo con la normativa vigente». También se prevé la intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos y que en las decisiones «especialmente relevantes» que afecten a la persona menor intervenga un equipo técnico y multidisciplinar especializado, así como la posibilidad de recurrir las decisiones que sean adoptadas sin considerar el interés superior de la persona menor o en el supuesto en el que sea necesaria la revisión de la decisión tomada atendiendo a las nuevas circunstancias o a un nuevo contexto propiciado por el desarrollo de la persona menor. El precepto también añade que «los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos».

Asimismo, en el artículo 9 de la LOPJM se hace referencia al derecho de la persona menor a ser escuchada tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial, o de mediación en el que pueda dictarse una decisión que le afecte, sin que pueda ser discriminada por razón de su edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia. Este precepto, que lleva por título, «derecho a ser oído y escuchado», tras la modificación operada por la ya citada LO 8/2015, pone énfasis en que no sólo es necesario oír a los NNA, sino también *escucharlos* de forma *activa*, y también en los procesos de mediación, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones atendiendo a su edad y grado de madurez (anteriormente suficiente

[21] BOE-A-1996-1069 Consultable en: https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con

[22] Según el artículo 2 de la LO 1/1996 (LOPJM), tras la modificación operada por la LO 8/2015: «2. A efectos de la *interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor*, se tendrán en cuenta los siguientes *criterios generales*, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La *consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior*. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.»

[23] BOE-A-2021-9347 Consultable en: https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/con

juicio[24]), recogiéndose también la necesidad de que la persona menor tenga *acceso a la información de forma comprensible*[25].

El Código Civil (CC)[26], en su artículo 92, relativo a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, y, en concreto, a las medidas que deben adoptarse, en su punto segundo dispone que «la autoridad judicial en el momento de adoptar las medidas relativas a la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión", inciso éste último que ha sido introducido por la LOPIIA. En el punto sexto de este mismo precepto se alude a que antes de resolver sobre el régimen de guarda y custodia la autoridad judicial tiene que «oír a los menores que cuenten con suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor», lo que se traduce en un amplio margen de valoración por parte del órgano decisorio[27].

---

[24] En la redacción originaria, el artículo 9 de la LOPJM preceptuaba que: «El menor tiene derecho a ser *oído*, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. 2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando *tenga suficiente juicio*. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente». La LO 8/2015 supuso adicionar «derecho a ser oído y *escuchado*» dotando de una especial relevancia a este último término, y también supuso la sustitución del término «juicio» por el de «*madurez*».

[25] En virtud del actual artículo 9 de la LOPJM: «El menor tiene derecho a ser oído *y escuchado* sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, *teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez*. Para ello, el *menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias*.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión *verbalmente o a través de formas no verbales* de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se *deniegue* la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la *resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante*, indicando explícitamente los *recursos existentes contra tal decisión*. En las *resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración*.»

[26] BOE-A-1889-4763 Consultable en: https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con

[27] Cabe referir que, en la redacción anterior del precepto, con anterioridad a la modificación introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, el precepto establecía de forma categórica la obligatoriedad de oír a las personas menores

Seguidamente, el artículo 94 CC, relativo a la determinación del régimen de visitas y de comunicaciones para con el progenitor no custodio en los supuestos de ruptura familiar, en su nueva redacción introducida por la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*[28], establece que la autoridad judicial debe tomar medidas al respecto «previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal».

Respecto a las disposiciones generales de las relaciones paterno-filiales, y, en concreto, al ejercicio de la patria potestad, en el artículo 154 CC se destaca que «si los hijos o hijas tuvieren *suficiente madurez* deberán ser oídos *siempre antes* de adoptar decisiones que les afecten». A lo que tras la modificación operada por la LOPIIA el precepto añade «sea en *procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo*. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario».

A su vez, el artículo 159 CC, que también alude a las relaciones paternofiliales y al ejercicio de la patria potestad refiere que «si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, *a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años*».

En el ámbito procesal civil, y más concretamente, en los procedimientos contenciosos de familia, cabe destacar el contenido del artículo 770 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)*[29] (tras las modificaciones introducidas por la ya mencionada Ley 8/2021), que, en su apartado cuarto, establece que en los supuestos de procedimiento contencioso los hijos «podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos *en todo caso* si hubieran alcanzado dicha edad. También habrán de ser oídos cuando precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y este sea prestado por los progenitores, así como los hijos con discapacidad, cuando se discuta el uso de la vivienda familiar y la estén usando». A continuación, se establece que la autoridad judicial debe garantizar que las audiencias se realicen «en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario».

Respecto a los procedimientos judiciales de familia tramitados por el cauce procesal del mutuo acuerdo, según lo previsto en el artículo 777 de la LEC, apartado quinto, se prevé que las personas menores sean también escuchadas «cuando se estime necesario de oficio o a *petición* del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o *del propio hijo*».

Por último, por lo que se refiere al ámbito de la jurisdicción voluntaria, especial consideración merecen, por la afectación que conllevan en la vida de los NNA, los expedientes que se tramitan a instancia de los progenitores por razón de los desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad o los que se tramitan para fijar medidas de protección de las personas menores ante el ejercicio inadecuado de la guarda. Así, cabe referir el contenido del artículo 85 de la *Ley 15/2015, de 2 de*

---

si tenían suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años. Así, según la anterior redacción: «Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y *siempre* a los mayores de doce años». Actualmente, en virtud del apartado 6 del artículo 92 CC: «En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio *cuando se estime necesario* de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda»

[28] BOE-A-2021-9233 Consultable en: https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con

[29] BOE-A-2000-323 Consultable en: https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con

julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV)[30] en cuya virtud la autoridad judicial debe escuchar a la persona menor «si tuviere suficiente madurez *y, en todo caso*, si fuere mayor de 12 años». En estos expedientes y respecto a las comparecencias, la LJV establece en su artículo 18 que la autoridad judicial o el/la Letrado/a de la Administración de Justicia podrán acordar que la audiencia se lleve a cabo en acto separado, libre de interferencias, en presencia del fiscal y que es necesario garantizar que las personas menores «puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario». También introduce la obligación de «extender acta detallada», exigencia introducida por la LJV pero que, sin embargo, no consta en las normas sustantivas ni procesales anteriormente invocadas.

c. Marco autonómico catalán

En el ámbito del derecho civil propio catalán es necesario referirnos a la *Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (LDOIA)*[31], que en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, consagra también como principio rector que el interés superior de la persona menor debe necesariamente informar la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, debiendo erigirse este principio como prioritario en todas las actuaciones que llevan a cabo los poderes públicos o entidades privadas a la hora de tomar decisiones que puedan afectar los NNA, tal y como ya se prevé en el artículo 40.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña [32].

La LDOIA ya constató en su Preámbulo la importancia de enfocar la regulación relativa a los niños y adolescentes desde la premisa de que deben ser considerados como sujetos de derecho y que es necesario fomentarse su reconocimiento como tales y, en consecuencia, su participación en todo aquello que les afecte[33]. Se ocupa la LDOIA en su artículo 5 del interés superior del niño y del adolescente, estableciendo en su punto cuarto que para la determinación de este interés debe tenerse en cuenta «su *opinión, sus anhelos y aspiraciones, y también su individualidad* dentro del marco familiar y social». Además, en su artículo 7, la citada Ley contempla expresamente el derecho a ser escuchado, indicándose que los NNA, deben ser escuchados en el ámbito familiar, escolar y social, así como en los procedimientos administrativos o judiciales en los que se encuentren implicados y en los que puedan ser tomadas decisiones que afecten su «entorno personal, familiar, social o patrimonial», y que deben ser escuchados «de acuerdo con sus capacidades evolutivas y sus competencias, y, en cualquier caso, a partir de los doce años», por ellos mismos o bien a través de otra persona que ellos mismos designen.

---

[30] BOE-A-2015-7391 Consultable en: https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con

[31] DOGC, núm. 5641, de 02/06/2010, BOE-A-2010-10213 Consultable en: https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2010/05/27/14/con

[32] BOE-A-2006-13087 Consultable en: https://www.boe.es/eli/es/lo/2006/07/19/6/con

Según el artículo 40.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: «Los poderes públicos deben garantizar la protección de los niños, especialmente contra toda forma de explotación, abandono, malos tratos o crueldad y de la pobreza y sus efectos. *En todas las actuaciones llevadas a cabo por los poderes públicos o por instituciones privadas el interés superior del niño debe ser prioritario*».

[33] En el Preámbulo de la LDOIA se hace constar que: «El concepte de participació de l'infant o l'adolescent en tot el que l'afecta és el que en configurarà l'estatus de ciutadà o ciutadana. És inimaginable el disseny de polítiques públiques en qualsevol àmbit elaborat d'esquena als ciutadans afectats. La llei ofereix la promoció d'òrgans de participació per tal que els infants i els adolescents puguin participar activament en la vida pública.»

También el Código Civil de Cataluña (CCCat)[34] contempla la necesidad de tener en cuenta la opinión expresada por los/las hijos/as en su artículo 211-6.2 relativo al interés de la persona menor. Se recoge en este precepto que su interés superior es «el principio inspirador de cualquier decisión que le afecte», y también consagra su derecho a ser informada y escuchada «de acuerdo con su edad y su *capacidad natural* y, en todo caso, si ha cumplido doce años» con anterioridad a que sea tomada una decisión que pueda afectarle tanto a nivel personal como patrimonial. Así, el CCCat acoge también ambos criterios, el de la suficiente madurez y el criterio cronológico de la edad. En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 233-11.1 letra e), que cuando se refiere a los criterios para la determinación del régimen de guarda más conveniente en casos de ruptura familiar, incluye la «opinión expresada por los hijos» como elemento que debe ser ponderado[35].

En cuanto al ejercicio de la potestad parental, el Código Civil de Cataluña también recoge en su artículo 236-11.4, relativo al ejercicio de la misma en caso de vida separada de los progenitores y en los supuestos de desacuerdo, que la autoridad judicial debe escuchar a los/las hijos/as que hayan cumplido doce años, o que, aun no habiendo alcanzado esa edad «tengan suficiente conocimiento».

2.3. Desajustes entre la normativa sustantiva y procesal

Se desprende de la normativa analizada la existencia de ciertas disfunciones o desajustes entre los distintos textos legales que contemplan el derecho de los NNA a ser escuchados. Fundamentalmente, se advierten estos desajustes entre la regulación del derecho de la persona

---

[34] DOGC nº 5686, 05/08/2010. Consultable en: https://portaljuridic.gencat.cat/eli/es-ct/l/2010/07/29/25

[35] En este sentido, es conveniente referir que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha pronunciado reiteradamente respecto a la necesidad de escuchar a los NNA. Así, en STSJ Cataluña 1/2017, Civil, de 12 de enero de 2017,(ECLI:ES:TSJCAT:2017:486) que en su FJ3 recoge que: «*la imprescindible audiència dels menors en el cas que tinguin suficient judici, i en tot cas si són majors de 12 anys, ve imposada per la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets del nen de 20 de novembre de 1989, ratificada per Espanya per Instrument de 30 de novembre de 1990 (art. 12); per l'article 24 de la Carta dels drets fonamentals de la UE de l'any 2000; per l'article 9 de la LO 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor; per l'article 770.4 de la LEC 1/2000; per la doctrina del TC que, en relació amb l'article 24.1 de la CE, ha establert que el nen que estigui en condicions de formar-se un judici propi té dret a ser escoltat en el procediment (judicial o administratiu) que l'afecti, especialment quan es tracti de l'adopció o modificació de les mesures relatives a la seva guarda i custòdia.* Pel que fa a la normativa catalana, el Codi de família ja disposava expressament que "a l'hora de decidir sobre la cura dels fills i els altres aspectes a què fa referència l'article 76, l'autoritat judicial ha de tenir en compte preferentment l'interès dels fills i, abans de resoldre, ha d'escoltar els de dotze anys o més, i els de menys, si tenen prou coneixement" (art. 82.2 del CF), i el mateix es disposa ara en la Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència, en relació amb "els infants i adolescents, d'acord amb llurs capacitats evolutives i amb les competències assolides, i en qualsevol cas a partir dels dotze anys" (art. 7.1).

L'article 233.11.1.e del CCCat diu, en relació amb els procediments de nul·litat, separació o divorci, que, per establir el règim de guarda i custòdia, cal tenir en compte, entre d'altres criteris, "l'opinió expressada pels fills", sense precisar-ne l'edat, tot i que l'article 211-6.2 ja havia establert que "el menor d'edat, d'acord amb la seva edat i capacitat natural i, en tot cas, si ha complert dotze anys, té dret a ésser informat i escoltat abans que es prengui una decisió que afecti directament la seva esfera personal o patrimonial."

El dret del menor a ser escoltat abans de prendre una decisió que el pugui afectar no significa, no obstant això, que la seva opinió o la seva voluntat hagin de ser determinants en la resolució que s'adopti. El seu criteri s'ha de tenir en compte però no pot erigir-se en element decisori. En un altre cas s'incorreria en el risc de convertir els menors en subjectes i en objectes de la disputa dels seus pares.

Així ho determina amb claredat l'article 233-11.1 que obliga a una ponderació conjunta dels criteris tinguts en compte, i l'únic que preval és el de l'interès superior del menor (211-6.1)».

menor a ser escuchada contenida en el Código Civil y la regulación recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En primer lugar, mientras que el artículo 92.6 CC exige que antes de acordarse el régimen de guarda y custodia la autoridad judicial *debe* escuchar a las personas menores si cuentan con *suficiente madurez y se estime necesario* de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, los miembros del equipo técnico y *la propia persona menor*; la LEC, en cambio, en su artículo 770.4 determina que en los procedimientos contenciosos las personas menores de doce años pueden ser escuchadas «si se estima necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o *de los propios hijos*», y que la escucha a las personas que alcancen la edad de doce años es preceptiva (excepto, claro está, si no es aconsejable atendiendo a su interés superior y siempre que se fundamente este extremo). Es en los procedimientos de mutuo acuerdo en los que, tal y como regula el artículo 777.5 LEC, la audiencia se deja a criterio de la autoridad judicial o de las partes en función de si la estiman o no necesaria al preceptuarse que: «Si hubiera hijos menores o hijos mayores con discapacidad y medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y serán oídos cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial *o del propio hijo*».

Sobre esta cuestión, ya tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en la STS 413/2014, Civil, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:4233)[36], en la que declaró la nulidad de una resolución en un procedimiento contencioso en cuya virtud se fijaba un régimen de guarda y custodia compartida sin que los hijos menores hubieran sido escuchados. El Tribunal declara la nulidad de la resolución impugnada por no haberse dado cumplimiento al trámite de audiencia de los hijos menores, aun habiendo el progenitor que la había inicialmente solicitado desistido de la misma en el supuesto enjuiciado, debiéndose, en consecuencia, retrotraer las actuaciones al momento procesal anterior a que fuera dictada la sentencia, siendo preceptivo escuchar a los hijos menores previamente a dictar resolución. Así, el Tribunal Supremo postula en esta Sentencia que «La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que *cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar* a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En ese mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005. Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada.»[37] (FJ 5)

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones propugnando que la omisión del deber de escuchar a los NNA cuando cuentan con suficiente madurez provoca asimismo la

[36] Vid. También en el mismo sentido, la STS 157/2017, Civil, de 7 de marzo (FJ 2) (ECLI:ES:TS:2017:851) y la STS 648/2020, Civil, de 30 de noviembre (FJ 2) (ECLI:ES:TS:2020:4032). También cabe considerar la STS 578/2017; Civil, de 25 de octubre de 2017, (ECLI:ES:TS:2017:3751), que no estima vulnerado el derecho de la persona menor a ser escuchada en un caso en el que la denegación de la audiencia se hallaba amparada en su interés superior y la resolución recurrida así lo recogía motivadamente (FJ 2).

[37] Acogiendo estos mismos pronunciamientos, puede señalarse también la STS 548/2021, Civil, de 19 de julio (FJ 3) (ECLI:ES:TS:2021:3028), entre otras.

vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva[38]. El Tribunal insiste en sus resoluciones en la necesidad de siempre valorar la madurez de la persona menor y la necesidad de que sean escuchadas siempre que sea posible al referir que «(...) el derecho del interesado a ser oído en el proceso en el que se ventilan sus intereses integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, como venimos reiterando de forma constante (...) recordando pronunciamientos anteriores del mismo orden, derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente se reconoce en el art. 9 de la LO 1/1996 de protección jurídica del menor (...)»[39].

En segundo lugar, también se aprecian incongruencias entre la LEC y el CC, una vez modificados sus preceptos por la LOPIIA. Así, mientras que, en la LEC, tal y como ya se ha referido, se impone la obligatoriedad de escuchar a la persona menor en los procedimientos contenciosos si esta ha alcanzado la edad de doce años o bien si aun no habiéndola alcanzado cuenta con suficiente madurez y así es acordado de oficio por la autoridad judicial o es solicitado por fiscalía, las partes o los miembros del equipo técnico, o bien por la propia persona menor; no se fija así en los procedimientos de mutuo acuerdo, en los que tan sólo se indica que deben ser escuchados en los supuestos en los que se considere necesario, ya sea de oficio o instándolo una de las partes indicadas. Todo ello no encaja con el contenido del artículo 154 del CC relativo al ejercicio de la patria potestad, que en su última versión tras las modificaciones operadas por la LOPIIA prevé la obligatoriedad de garantizar el derecho de la persona menor a ser escuchada también en los procedimientos de mutuo acuerdo al establecer que «si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en *procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo* (...)». Tal y como afirma la doctrina también en los procesos consensuales debe darse cumplimiento a la exigencia de escuchar a las personas menores al entender que en caso contrario difícilmente puede advertirse si los acuerdos alcanzados por las partes procesales son respetuosos con el interés superior de aquellas[40].

---

[38] Vid., entre otras, STC 152/2005, Sala Primera, de 6 de junio de 2005 (FJ 3) (ECLI:ES:TC:2005:152), en la que se afirma que se acuerda anular la sentencia de segunda instancia y retrotraer las actuaciones entendiendo que se ha visto vulnerado el art. 24 CE relativo a la tutela judicial efectiva, postulando que «(...) nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente citada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor) (...)», en consonancia con la STC 221/2002, Sala Segunda, de 20 de diciembre de 2002 (FJ 5) (ECLI:ES:TC:2002:221).

[39] Vid. STC 71/2004, Sala Segunda, de 19 de abril de 2004 (FJ 7) (ECLI:ES:TC:2004:71) que se pronuncia en un supuesto en el que la persona menor no fue escuchada en segunda instancia, aunque «la menor había alcanzado prácticamente los diez años sin que, a la vista de los informes psicológicos que figuran en las actuaciones, su estado mental revelase una especial insuficiencia de su capacidad intelectiva a estos efectos (...)» (FJ 7).

[40] Vid. entre otras autoras Díez Riaza «El derecho del menor a ser oído en el proceso» en Martínez García (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia,* Aranzadi, 2016, pp.561-577. La autora, tras extraer de forma muy clara y sistematizada las «notas caracterizadoras» de la Observación General 12 (2009) completada con la Observación General 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño en su desarrollo del artículo 12 de la Convención; respecto a los procesos consensuales afirma «(...) si no se escucha al niño difícilmente podrán aflorar conflictos no evidentes, ni quedará asegurado que la determinación de su superior interés se ha hecho de forma adecuada» (p.576).

En tercer lugar, conviene hacer alusión a los procedimientos de jurisdicción voluntaria. Respecto a la audiencia de la persona menor en la tramitación de expedientes en este ámbito, la LOPIIA ha modificado el artículo 18.2 apartado cuarto de la LJV relativo a las comparecencias celebradas en los expedientes de jurisdicción voluntaria que afecten a sus intereses, imponiendo la obligatoriedad de la asistencia del Ministerio Fiscal a la audiencia de la persona menor (anteriormente potestativa), así como los extremos que deben contenerse en el acta que debe levantar el/la Letrado/a de la Administración de Justicia sobre la práctica de la misma[41]. Respecto a la obligatoriedad o necesidad de levantar esta acta nada se dice en la normativa procesal ni en el Código Civil.

Por último, es necesario recalcar que, si bien es cierto que algunos preceptos prevén la posibilidad de la persona menor de formular solicitudes directamente ante la autoridad judicial, en la práctica esta solicitud directa de la persona menor en raras ocasiones se produce. De hecho, en los procesos de familia el propio menor normalmente desconoce que pueda realizar directamente solicitud alguna ante la autoridad judicial. Sin embargo, el/la hijo/a afectado/a puede solicitar de forma directa en el proceso ser escuchado/a (y sería deseable que lo hiciera si tiene interés una vez se le haya facilitado la información que precise de forma comprensible) de conformidad, entre otros, con el artículo 92.6 CC y el artículo 770.4 LEC ya referidos. Ahora bien, que existan estas previsiones no se traduce necesariamente en que exista un sistema proclive a la participación de las personas menores en el procedimiento judicial. Tal y como ya refería De La Iglesia Monje «La normativa sobre los procesos de crisis familiar no concibe la escucha del menor como un derecho, sino como una facultad judicial sujeta al principio de oportunidad. No está previsto un método para asegurar que la comunicación del niño con el juez y con el fiscal se produzca de manera general, temprana y normalizada, como parte de la ordenación del proceso»[42].

En definitiva, la disparidad de normas y la confluencia de un criterio legal (juicio de madurez) y de un criterio cronológico (edad), así como la regulación distinta entre la tramitación de los procedimientos de familia y la tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria provoca confusión, dificultándose así la fijación de pautas precisas y claras en orden a poder garantizar la protección del derecho de los NNA a ser escuchados. Tampoco en nada contribuye

---

[41] En virtud del artículo 18.2 apartado 4 de la ya citada LJV «(...) La autoridad judicial o el Letrado de la Administración de Justicia podrán acordar que la audiencia de la persona menor de edad o persona con discapacidad se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, *debiendo* asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario.

Del resultado de la exploración se levantará *en todo caso, acta* por el Letrado de la Administración de Justicia, expresando los datos objetivos del desarrollo de la audiencia, en la que *reflejará las manifestaciones del niño, niña o adolescente imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente, cuidando de preservar su intimidad.* Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a las personas interesadas para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días.

Tanto el Ministerio Fiscal en su informe como la autoridad judicial en la resolución que ponga fin al procedimiento deberán valorar motivadamente la exploración practicada.

En lo no previsto en este precepto, se aplicará lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

[42] Vid. De La Iglesia Monje, «El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº759, 2017, pp.345-369.

al respeto de este derecho la no implementación de un sistema eficaz para promover que la persona menor participe en los procesos de familia.

3. Deficiencias de la audiencia en la práctica procesal

En este apartado se pretenden concretar algunas anomalías detectadas en la práctica procesal a la hora de valorar la necesidad de practicar la audiencia (tendencialmente evitada de forma injustificada en la práctica procesal), así como también en el desarrollo de la misma.

3.1. La falta de regulación suficiente y la existencia de preceptos con contenido diverso e insuficiente provocan la vulneración del derecho de los NNA a ser escuchados

A pesar de la necesidad de promover por parte del ordenamiento la práctica de la audiencia no existe ninguna disposición que regule de forma clara cómo debe procederse a la celebración de la misma, más allá de la previsión contenida en el artículo 9 de la LOPJM al contemplar que «las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento», o las previsiones contenidas en el artículo 770.4 de la LEC, a cuyo tenor «en las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.»

En relación con este último precepto, autores como González Pillado y Grande Seara (2004) ya apuntaban también, tras la reforma de la LEC (2000), que «pese al silencio de la norma, como contenido necesario de la vista, el órgano jurisdiccional debe dar audiencia al menor de edad. Es de aplicación a este procedimiento la previsión general contenida en el art. 9 LO 1/1996; precepto de gran importancia pues aunque con anterioridad se recogían en otros preceptos referencias al derecho de audiencia del menor (arts. 156, 167 o 177.1 CC), hasta la LO 1/1996 no existía ninguna disposición de aplicación general a todos los procedimientos administrativos o judiciales.»[43]

Aparte de estas consideraciones, no existe ningún precepto que acoja criterios o protocolos respecto a cuestiones tan esenciales como, por ejemplo, cuándo, cómo y qué profesionales deben llevar a cabo el juicio de madurez al amparo del artículo 9 de la LOPJM, cómo se informará a las personas menores de sus derechos, cómo la persona menor y en qué momento del proceso puede solicitar ser escuchada, en qué casos podría serle denegado su derecho a ser escuchada aun contando con suficiente madurez en base a su interés superior (o bien cómo proceder si la persona ha alcanzado doce años de edad pero manifiestamente no cuenta con suficiente madurez), dónde y cuándo debe tener lugar la entrevista o audiencia con la persona menor, cuáles serían las previsiones para sus representantes en el caso en que el NNA opte por

[43] Op. cit. González Pillado / Grande Seara, *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, pp. 226.

designar uno para que manifieste su opinión, cuál ha de ser el contenido de la audiencia, cómo debe darse traslado de su resultado, en qué supuestos debería la autoridad judicial auxiliarse de especialistas, cómo debería conjugarse la audiencia con el dictamen de especialistas (equipos técnicos) o con los dictámenes psicológicos o de peritos de parte, cómo le será notificada a la persona escuchada la resolución y cómo podría impugnarla si fuere de su interés, cómo puede garantizársele la asistencia letrada; y toda una serie de aspectos que deben ser contemplados y que todavía no se hallan definidos.

La no regulación de estos extremos básicos por parte del legislador no hace más que facilitar la proliferación de prácticas procesales desiguales, sin criterios claros, ni menos aún, unificados, lo que contribuye a la vulneración sistemática de este derecho. Ya en el año 2014 el Defensor del Pueblo[44] alertó en sus consideraciones sobre los derechos de las personas menores a ser escuchadas y a que su opinión fuera tenida en cuenta, y advertía que la confluencia de prácticas diversas provocaba «significativas diferencias en la práctica judicial» que todavía eran más acuciadas «a causa de la coexistencia de juzgados especializados y otros generalistas. (…) lo que se trata de evitar a través de documentos de consenso». De La Iglesia Monje ya apuntaba también a la necesidad de regular extremos que resultan decisivos a la hora de llevarse a cabo la audiencia. La autora insistía en que debe atenderse a la situación personal y al contexto familiar que está viviendo el NNA, en que necesariamente debe facilitársele información adecuada y, además, recalcaba ya que los profesionales que actúan en procesos en los que se afecta a menores deben recibir formación especializada en aras de promover el acceso y participación de los NNA ante la justicia[45].

En la práctica procesal se constata que existen pautas o protocolos (fruto del consenso de los operadores jurídicos) que se han ido extendido con cierta uniformidad en la práctica de la audiencia, como son, la entrevista a puerta cerrada, de forma reservada, sin presencia de abogados ni de procuradores, ni de los progenitores, prescindiéndose de la toga, y muchas veces, afortunadamente, fuera de la sala de vistas y en una fecha diferente a la de la celebración de la vista o del juicio.

La falta de regulación clara y suficiente, las disparidades existentes entre la normativa considerada y la diversidad de criterios que se van sucediendo en la práctica procesal, conllevan que en múltiples casos no se respete el derecho de audiencia. Parece, además, que se parta de la premisa de que es mejor no escuchar a las personas menores con la finalidad de apartarlas de la contienda judicial. Pero con ello, a no ser que las circunstancias concurrentes así lo exijan o lo

---

[44] Vid. Defensor del Pueblo «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia», 2014.

Consultable en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf

[45] Vid. op.cit. De La Iglesia Monje, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº759, 2017. La autora afirma que: «(…) Respecto al entorno amigable, la forma de conducir la audiencia del menor, el especial cuidado que ha de ponerse en determinar el grado de libertad del niño y su exposición a eventuales presiones, la evaluación de los potenciales riesgos a los que se enfrenta, así como la determinación de su grado de madurez son temas importantes de regular pues ha de prestarse particular atención al conflicto de lealtades que puede padecer el niño a consecuencia del enfrentamiento de sus progenitores» (p. 349). Asimismo, afirma que: «(…) Se trata de hacer que el sistema sea más accesible para los menores. Si el sistema judicial es poco accesible pueden ser objeto de una multitud de restricciones o violaciones de sus derechos.» (p.359).

recomienden, lo que se provoca es la invisibilidad de la persona menor, que curiosamente es la que va a ser gravemente afectada con la decisión que se adopte. Esta visión se asienta en una concepción proteccionista que le priva de su derecho a ser escuchada y que le aparta del proceso, pero a la vez le veda la posibilidad de manifestar sus opiniones, si así lo desea. Y, es que, de lo que necesariamente hay que partir es de la preferencia a que la persona menor sea escuchada y en cualquier momento en el que se vaya a tomar una decisión que le pudiere afectar. No cabe duda de que para garantizar el ejercicio efectivo de su derecho es necesario que esta audiencia tenga lugar con las máximas cautelas atendiendo a criterios técnicos en aras de evitar la victimización de la persona y procurando la observancia de todas las garantías necesarias para su práctica.

Conviene referir el contenido de *la Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida* del *Consejo General del Poder Judicial* (2020) que, en este sentido, constata que, en gran parte de las resoluciones analizadas, en las que es necesario por la autoridad judicial dirimir sobre el régimen de guarda más adecuado, no se tienen en cuenta las opiniones manifestadas por los NNA afectados. En algunas resoluciones el órgano decisorio prescinde de su escucha, en otros, se aparta de su voluntad o de sus manifestaciones sin motivar las razones que le conducen a adoptar las medidas contrarias a las opiniones manifestadas. En esta ineludible Guía se detallan además recomendaciones para la práctica de la audiencia con plenas garantías para los NNA[46].

3.2. El criterio de la edad de la persona menor aplicado de forma automática no propicia la escucha de los NNA y restringe su derecho a ser escuchados

El Comité de los Derechos del Niño de la Naciones Unidas ya alertó en la ya referida Observación general nº12 (2009) que, a pesar del avance que había supuesto el contenido del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y de los esfuerzos por parte de los Estados para garantizar a los NNA el respeto a su derecho a ser escuchados, se detectaban prácticas que obstaculizaban severamente su ejercicio. En este sentido, el Comité ya desaconsejaba la determinación de una edad concreta para el ejercicio de este derecho, toda vez

[46] Vid. Consejo General Del Poder Judicial (CGPJ) «Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida», 2020. Consultable en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Guias--estadisticas--estudios-e-informes/Guias/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida

En cuanto a la escucha de la persona menor se recoge, entre muchos otros extremos, que: «Llama la atención que en algunas ocasiones las resoluciones se apartan de los deseos manifestados por los/as hijos/as *sin llevar a cabo un análisis suficiente de las razones por las que no se acogen* esos deseos, limitándose a aducir sencillamente la "inmadurez" genérica de los menores afectados pero sin expresar los motivos por los que se llega a la conclusión de que la opinión manifestada carece de madurez o fundamento. Llama también la atención que en un número muy elevado de casos no consta ni que se haya escuchado directamente a los/as hijos/as, ni que se haya practicado audiencia de los mismos por parte de los peritos psicólogos y/o sociales, de suerte que, al menos en apariencia, la decisión sobre la custodia se adopta sin tener conocimiento de (y sin tener en cuenta en absoluto) la opinión de los menores, a pesar de que la gran mayoría de los/as hijos/as involucrados en los casos analizados se encuentren entre los 7 y los 18 años de edad».

Resulta muy recomendable su lectura. En el Anexo VIII de esta Guía, se recogen recomendaciones para llevar a cabo la audiencia de las personas menores, considerando y detallando aspectos como el contexto en el que ha de tener lugar (tiempo de espera, espacio físico, aspectos del entrevistador/a), inicio y fases de la audiencia (esto es, su estructura: inicial, central y cierre, señalándose consignas y recomendaciones para cada una de las fases), momento en que se recomienda su desarrollo y orientaciones para discernir sobre su grado de madurez, entre otros extremos.

que en la práctica este hecho sólo viene a propiciar que las personas que no hayan alcanzado esta edad no sean escuchadas, sin entrar a valorar si cuentan o no con suficiente capacidad para ejercer su derecho a ser escuchadas, si es su voluntad. Esta afirmación ha de ser cohonestada con el hecho de que somos conocedores por otras disciplinas que los niños y niñas desde edades muy tempranas ya cuentan con sus intereses y propias preferencias, y que incluso sin poderlas expresar verbalmente, pueden expresarlas por medio de formas no verbales[47].

Conviene recordar en este punto que en el artículo 9 de la LOPJM precisamente se prevé que la persona menor pueda expresar su opinión «verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación».

Desde una visión del derecho comparado, y tal y como constata Susín Carrasco [48], es necesario referir que en Francia fue eliminada la fijación de una edad concreta que hiciera presumir la madurez del niño o niña (con anterioridad a su supresión estaba fijada en la edad de trece años). En Alemania, el ordenamiento promueve la escucha de todos los niños y niñas, y en la práctica, suelen escucharse a partir de los tres años. Del análisis del derecho comparado llevada a cabo por esta autora se infiere que en los ordenamientos jurídicos que no optan por adoptar un criterio cronológico se propicia una escucha activa desde edades muy tempranas.

Resulta obvia la imposibilidad de extender de forma absoluta la obligatoriedad de escuchar a todos los NNA en cualquier procedimiento que les afecte. Sin embargo, lo que sí resulta imprescindible es valorar caso por caso si aquella persona menor puede ser escuchada, si así lo quiere, atendiendo a su madurez y a las circunstancias concurrentes, cohonestando esta valoración con su interés superior de protección, velando así por el respeto a su derecho a ser escuchada.

Llegados a este punto conviene volver a referir el contenido del artículo 9 de la LOPJM, en cuya virtud esta determinación de la madurez debe quedar en manos de los *especialistas, y, una vez determinada*, debería entonces valorarse por la autoridad judicial si es o no recomendable en ese

[47] Se recoge así en la propia Observación general nº12 (2009), ya citada. Y, respecto a este extremo, entre otras, podría citarse la obra de Lansdown, *The evolving capacities of the child,* Unicef, 2005, que afirma que «un número cada vez mayor de investigaciones atestigua el papel activo que los niños mismos desempeñan en el desarrollo de sus propias habilidades, en las negociaciones que forman parte de su vida cotidiana y en el grado de responsabilidades que aceptan» así como, que «el empeño de respetar los derechos humanos del niño requiere una revisión radical de las ideas preconcebidas que ven a la infancia como un período de inferioridad de condiciones. Al reconocer la importancia de la evolución de las facultades del niño para el ejercicio de sus derechos en general y, en particular, del derecho a que sus opiniones sean tomadas en serio, la Convención sobre los Derechos del Niño representa un reto explícito contra tales concepciones de la infancia. Las soluciones distan mucho de ser evidentes. No es posible prescribir una edad definida a la cual todos los niños necesitan más o menos protección u oportunidades a la hora de asumir responsabilidades. Tampoco es posible crear marcos jurídicos o sociales suficientemente flexibles para que se ajusten a las capacidades sumamente variables de los niños respecto a los distintos aspectos de su vida».

Obra consultable en: https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf

[48] Para un análisis detallado de la cuestión, vid. Susín Carrasco, «La audiencia del menor en Derecho comparado» en Abel LLuch, (Coord.), *La audiencia del menor en los procesos de familia,* Editorial Jurídica Sepín, 2019, pp. 135-157; que analiza el tratamiento de la audiencia de los NNA en Francia, Italia, Alemania, Inglaterra y Gales.

supuesto concreto que tenga lugar la audiencia o entrevista con la persona menor afectada, atendiendo siempre a su interés superior y de forma motivada.[49]

Tampoco nada se prevé respecto a las diferencias que a todas luces requerirá la práctica de la audiencia si la persona entrevistada es un niño o niña de corta edad o bien si es un adolescente. Cartié Julià ya indicaba que «es necesario tener en cuenta que el adolescente se halla inmerso en un proceso psicoemocional complejo»[50], proponiendo algunas pautas o consideraciones a tener en cuenta especialmente en este contexto. Del mismo modo, el diseño de la audiencia y los recursos empleados tampoco pueden ser los mismos en las entrevistas a niños y niñas que tengan lugar en las primeras etapas de su infancia.

Cabe señalar también en este punto que nada debería obstar, conforme a la normativa considerada (es más, resulta preceptivo a tenor de la normativa analizada[51]), que sea la propia persona menor la que, si lo considera, solicite ser oída en audiencia en los casos en los que no sea acordada de oficio. Sin embargo, esta solicitud efectuada por el NNA en los procedimientos de familia es común que sea solicitada por las partes litigantes o solicitantes de un expediente, generalmente uno o ambos progenitores en contienda, lo que dificulta gravemente el derecho del NNA afectado a ser escuchado, y además puede generarle malestar y graves conflictos emocionales. Cabe atender a la cuestión de que, aunque la legislación sustantiva y procesal prevean su solicitud directa[52] rara vez esta se produce, quizá por el desconocimiento de los NNA a este derecho y la falta de conciencia social del necesario respeto y promoción del ejercicio de sus derechos.

Cabe en este punto añadir que, aunque los NNA ostentan capacidad para ser parte, no son parte procesal del procedimiento, y, cabe referir que, además, carecen de capacidad procesal por sí mismos conforme al artículo 7 de la LEC. Todo ello implica que, por el momento, aunque existen preceptos tanto sustantivos como procesales que permiten a la persona menor solicitar directamente a la autoridad judicial ser escuchada en los procesos de familia aun no siendo parte, en la práctica su intervención procesal se hace depender de la actuación de las partes

[49] Sobre el juicio de admisión o denegación de la audiencia resulta muy interesante la lectura del capítulo ya citado de Abel LLuch, *Problemática actual de los procesos de familia,* pp. 321-324.

[50] Vid. Cartié Julià. et. al., «La audiencia del menor y la audiencia del menor maduro (16-17 años)» en *ABEL LLUCH, Xavier (Coord.), La audiencia del menor en los procesos de familia,* Editorial Jurídica Sepín, 2019, pp.43-56.

[51] Al respecto es necesario considerar que en virtud del art. 92.6 CC «En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, *o del propio menor*, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda".

A su vez, a tenor del art. 770.4 LEC «Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o *de los propios hijos*, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad (...)»

[52] Otras posibles solicitudes dirigidas directamente por el/ la menor a la autoridad judicial en materia de familia se prevén en los artículos 158, 160 o 167 del CC, así como en el artículo 87 in fine de la LJV tras la reforma operada por la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Y nótese que no se exige que la persona menor cuente con una edad determinada y ni tan siquiera figura el requisito de que cuente con suficiente madurez.

procesales que integran el procedimiento, que generalmente, serán sus representantes legales[53].

Resulta necesario insistir en que no existe ninguna norma procesal que articule, concrete o desarrolle esta posible participación de la persona menor afectada en los procesos judiciales de familia. Una cuestión tan esencial como dar respuesta a de qué modo y en qué momento puede el NNA efectuar esta petición al órgano judicial en un proceso de familia no se ha previsto, y, como consecuencia, no sólo no se está garantizando a la persona menor el ejercicio efectivo de su derecho a ser escuchada, sino que, además, se sigue apartando del proceso a las personas menores afectadas por aquel, alejándose el sistema procesal de las directrices proclamadas por el Consejo de Europa y avaladas por el Parlamento Europeo ya referidas *ut supra*, en orden a construir una justicia adaptada a las personas menores (*child-friendly justice*)[54].

3.3. La audiencia mal sustituida por el dictamen de especialistas

En la práctica también nos encontramos con el supuesto en que, de forma automática, el órgano decisorio deniega la audiencia al NNA en base a que la opinión de éste ya consta por manifestaciones efectuadas a los técnicos que en algún momento hayan intervenido en el proceso, constando en un dictamen que obra en el mismo. Esta decisión, que sólo podría ser alcanzada atendiendo al caso concreto y de forma motivada, si se funda precisamente en que ya consta en un dictamen anterior, no concuerda con el espíritu ni el contenido de los mandatos ínsitos en la Convención de Derechos del Niño, ni garantiza de modo alguno el respeto a su derecho a ser escuchado.

Así, tal denegación, solo podría ser justificada si descansa en el interés de la persona menor, por ejemplo, en supuestos en los que sea recomendable evitar una excesiva sobreexposición al proceso judicial, para evitar la victimización, si se le pregunta a la persona por hechos traumáticos, o, en definitiva, si las circunstancias concurrentes así lo aconsejan.

Abel LLuch, desgrana las diferencias existentes entre la audiencia o entrevista con el NNA y el dictamen de especialistas, y concluye que «ni la audiencia del menor excluye el dictamen de especialistas, ni como regla general la emisión del dictamen de especialistas suple a la audiencia del menor»[55].

En este sentido, se pronunció el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)* en la Sentencia de 11 de octubre de 2016, *Iglesias c. España* (ECLI:CE:ECHR:2016:1011JUD002329812)[56] que, analizando nuestro derecho interno, consideró que la audiencia de la persona menor es necesaria si esta cuenta con suficiente madurez y siempre si ha alcanzado la edad de doce años

[53] Así, aunque la normativa analizada impone la obligatoriedad de escuchar a las personas menores sobre las decisiones que les afectan a partir de los doce años (o con anterioridad si cuentan con suficiente madurez) a no ser que su interés superior aconseje lo contrario y de forma motivada; si su escucha no es promovida por la autoridad judicial y/o por el Ministerio Fiscal, ya sea porque es indebidamente omitida o porque se presume (también indebidamente) que la persona menor no cuenta con la madurez suficiente por no haber alcanzado dicha edad, su audiencia dependerá del papel que adopten las partes del proceso (normalmente los progenitores) que pueden o no interesarla.

[54] A este respecto, vid. op. cit. Consejo de Europa « Strategy for the Rights of the Child (2016-2021)», 2016, pp. 26-28.

[55] Vid. op. cit. Abel LLuch, *Problemática actual de los procesos de familia*, pp. 268-269.

[56] Sentencia TEDH (Sección 3ª), *Affaire Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra c. España*, Requête nº 23298, de 11 de octubre de 2016. Vid. valoraciones contenidas en las consideraciones 36-43 de la resolución. Consultable en: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-167113%22]}

(atendiendo a que el ordenamiento español adopta este criterio) salvo si concurre algún motivo amparado en su interés superior y siempre que conste debidamente motivada tal denegación atendiendo a este interés superior[57].

También esta exigencia se infiere del contenido de la *Observación General nº12 del Comité de los Derechos del Niño*, que precisamente recomienda a los Estados que «siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado *directamente* en todo el proceso»[58]. Es una cuestión esencial comprender que en el texto en el que se recoge este derecho y en el que se inspira tota la normativa posterior, no se parte de la base de que sea el órgano decisorio el que haya de valorar si la opinión de la persona menor puede o no puede ser recogida por un representante o por un órgano apropiado (en nuestra práctica procesal comúnmente el dictamen de especialistas), sino que hay que partir de una premisa distinta, cuál es, que *desde la perspectiva de la Convención de Derechos del Niño y en virtud de su mandato es la propia persona menor la que, si cuenta con suficiente madurez y quiere expresar su opinión, puede decidir si la manifiesta por ella misma o a través de un representante designado al efecto,* que deberá velar por *sus* intereses. Lo que nos conecta de nuevo con el mandato contenido en el artículo 9 de la LOPJM, que dispone que «se garantizará que el menor, cuando cuente con suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por el mismo o a través de persona que (él) designe para que le represente». Si bien este mismo artículo en su apartado segundo in fine preceptúa que «no obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente». Esta previsión ha de ser interpretada necesariamente de forma restrictiva, habida cuenta de que del tenor literal del precepto ya se infiere claramente que el hecho de conocer su opinión de forma indirecta a través de terceros sólo podría proceder en el supuesto en que las circunstancias no aconsejen la escucha directa atendiendo a su interés superior[59].

---

[57] Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la STC 163/2009, Sala Segunda, de 28 de julio de 2009 (ECLI:ES:TC:2009:163) (FJ 5) no estimó el amparo en un supuesto en el que fue denegada la audiencia al entenderse que el menor ya había hecho constar sus opiniones ante el equipo psicosocial. Se aleja en esta resolución el TC de pronunciamientos efectuados anteriormente al entender que tras la reforma del artículo 92.6 CC operada por la *Ley Orgánica 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio,* « (…) l*os órganos judiciales deducen que la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6 CC). Esta argumentación no puede entenderse que incurra en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).*» Esta argumentación no parece tener encaje en los pronunciamientos que emanan del TEDH.

[58] También se extrae así del análisis del precepto que se efectúa en la ya citada Observación general nº12 CDN. En esta, además, se indica «*Una vez el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo* se lo escuchará: directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado». El Comité recomienda que, siempre que sea posible, «se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado *directamente* en todo procedimiento».

[59] Vid. En este sentido, vid. entre otras, la ya citada STS 18/2018, Civil, de 15 de enero, (ECLI:ES:TS:2018:41) que, en su FJ4, recoge que «Para la mejor inteligencia de la decisión de la sala se ha de tener en cuenta, según lo expuesto en las consideraciones previas, que la exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de éste, para su debida protección, y por ende no es propiamente una prueba, de forma que el interés del mismo no necesariamente ha de coincidir con su voluntad, debiendo valorar el juez su madurez y si sus deseos son propios del capricho o de influencias externas. En atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo el interés del menor *es posible que se deniegue su exploración, si bien de forma motivada*, según la doctrina ya recogida. Es el supuesto que contempla la STS 578/2017, de 25 de octubre» (ECLI:ES:TS:2017:3751). Añade el Tribunal que, «se trata de *evitar que la audiencia directa del menor no le produzca un perjuicio peor que el que se*

Reiterada jurisprudencia exige la motivación fundada de las resoluciones que deniegan la práctica de la audiencia invocando los referidos preceptos. En este sentido, conviene citar la STS 87/2022, Civil, de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:3299); que en consonancia con las STS 413/2014, Civil, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2014:4233); STS 157/2017, Civil, de 7 de marzo (ECLI:ES:TS:2017:851); la ya referida STS 18/2018, Civil, de 15 de enero (ECLI:ES:TS: TS:2018:41); la STS 548/2021, Civil, de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2021:3028); y la STS 577/2021, Civil, de 27 de julio (ECLI:ES:TS:2021:3299); entre otras, recoge dos premisas «(i) la audiencia o exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este, para su debida y mejor protección y, en su caso, debe ser acordada de oficio por el tribunal; (ii) aunque no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor, pues eso dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquel, por lo que es posible, precisamente en atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo dicho interés, y siempre que el menor tenga menos de 12 años, que se prescinda de su audición o que se considere más adecuado que se lleve a cabo su exploración a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio, para que el tribunal pueda decidir no practicarla o llevarla a cabo del modo indicado, será necesario que lo *resuelva de forma motivada*» (FJ2).

3.4. La necesidad de diseñar pautas y criterios para el desarrollo de cada audiencia y que sean adaptables a cada NNA

Es necesario remarcar que no sólo la audiencia o entrevista de los NNA por parte de la autoridad judicial deviene esencial en aras de garantizar su derecho a ser escuchados en cualquier decisión que les afecte, sino que además, en la mayoría de los casos, puede suponer una fuente de información muy valiosa, esencial y decisiva para la toma de decisiones en materias que les afectan de forma tan significativa como son la atribución de la guarda o el ejercicio de la misma por parte de sus progenitores cuando existen desacuerdos. Ahora bien, como ya he referido, esta audiencia debe llevarse a cabo investida de todas las garantías y de forma respetuosa con los NNA, al margen de cualquier injerencia negativa en sus derechos, y velando para que no se les pueda irrogar ningún daño. Precisamente por ello, es absolutamente necesaria la determinación de unos criterios claros para el desarrollo de esta audiencia y la unificación de los mismos en todos los órganos en los que pueda tener lugar esta entrevista.

Es obvio que para la formulación de dichos criterios deberá atenderse a las recomendaciones de expertos en materia de práctica jurídica pero también estas pautas deberán ser diseñadas técnicamente por especialistas en el ámbito de la psicología y de la psiquiatría, debiendo contar de forma imprescindible con su colaboración[60]. Los protocolos unificados que se diseñen a tal

pretende conjurar. Pero para ello será preciso que el tribunal lo motive, o que, en su caso, en atención a ese interés, considere más adecuado que la exploración se lleve a cabo a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio (STC 163/2019 de 29 de junio). A veces se confunde la negativa a la exploración con falta de método psicológico a la hora de llevarla a cabo, pues *lo que será perjudicial para el menor en tal supuesto no será su exploración, sino si ésta se hace con preguntas directas que le creen un conflicto de lealtades, con consecuencias emocionales desfavorables*.»

[60] En este sentido, se pronuncian los psicólogos Álvarez Ramos y Catalán Frías, «La entrevista del niño/niña/adolescente y su admisibilidad u oportunidad» en Abel LLuch (Coord.), *La pericial psicológica en los procesos de familia,* Editorial Jurídica Sepín, 2021, pp. 131-134. Los autores proponen la adaptación de la entrevista a su nivel madurativo, la necesidad de transmitir seguridad y evitar que se puedan sentir responsables de la decisión, protegerles del conflicto, ajustarla al mínimo de tiempo posible para evitar que perdure el posible

fin deben partir de la necesaria adaptación a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes, en aras de tratar de reducir cualquier impacto negativo en su bienestar[61].

En este punto, debemos volver a considerar la *Observación General nº12* (2009) del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, ya citado, que enumera cinco medidas que han de ser configuradas y establecidas por los Estados a fin de poder dar cumplimiento al mandato del artículo 12 de la Convención, cuales son, la *preparación, la audiencia, la evaluación de la capacidad del NNA, la comunicación de resultados al mismo* y *la posibilidad del mismo de formular quejas y recursos*[62]. Estas fases, que configuran el denominado «*Itinerario de la escucha*» también han sido consideradas por numerosos autores, que las han analizado y formulado con el fin de lograr una práctica de la audiencia con las máximas garantías para el NNA[63].

También resulta totalmente necesario diseñar y articular de forma clara esta intervención de los especialistas en el ámbito procesal y dar respuesta a la cuestión de cómo coadyuva su actuación con el resto de operadores jurídicos. El establecimiento de criterios y de pautas que conformen un protocolo saludable o seguro para la salud psíquica de los NNA unida a la convicción de los juristas del necesario reconocimiento y garantía de este derecho (a excepción de que en un caso concreto no sea recomendable atendiendo siempre al interés superior del NNA y siempre de forma motivada) contribuirían a la proliferación de la escucha activa de los NNA en cualquier decisión que les afecte pudiendo ser tenidas así en cuenta sus manifestaciones siempre que las circunstancias lo permitan.

3.5. La determinación del juicio de madurez y aptitud suficiente para la práctica de la audiencia

Es necesario plantearse también cómo debe llevarse a cabo este juicio de madurez del NNA. No cabe duda de que es necesaria la especialización de los órganos judiciales y del personal interviniente para que, partiendo de unos criterios y de unas pautas, les sea posible apreciar de forma más acertada si concurren o no los requisitos para la posible audiencia de la persona afectada, siempre, eso sí, desde la presunción de que la persona menor cuenta con capacidad suficiente para expresar sus opiniones desde edades tempranas y que tiene derecho a ello.

---

malestar, aplicar herramientas para detectar el posible indicio de chantaje o de instrumentalización, la atención a posibles indicios de sufrimiento, entre otros. También resultan muy interesantes las consideraciones que se realizan respecto a la técnica de observación de la interacción de los NNA con sus progenitores.

[61] En este sentido, Save The Children «Infancia y justicia: una cuestión de derechos. Los niños y las niñas ante la Administración de Justicia en España», 2012, ya alertaba de que la Administración de Justicia en España no está adaptada a las necesidades de los NNA y que ello provoca violencia institucional. Consultable en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/infancia_y_justicia.pdf

[62] Se recogen las medidas básicas para garantizar el ejercicio de este derecho en el apartado segundo del análisis jurídico contenido en la ya citada Observación general nº12 (2009). Consultable en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf

[63] Vid. en este sentido, Posada Fernández, «El derecho de audiencia del menor en los procedimientos que le afecten» en Solé Resina /Almada Mozetic (Coords.), *Derechos fundamentales de los menores. Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia*, 2018, pp. 208-213. En el apartado «El proceso de formación de la opinión del menor y su derecho a expresarla y a que sea oída en el procedimiento que le afecte» valora de forma detallada las fases enunciadas por el Comité de los derechos del Niño de las Naciones Unidas y recoge interesantes propuestas de lege ferenda.

Y, también, en este sentido, puede consultarse el estudio, ya citado, elaborado por el Defensor del Pueblo, *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor*, pp. 16-19.

Conviene aquí recordar el mandato contenido en el artículo 9 de la LOPJM, que precisamente indica que la madurez ha de ser valorada por *personal especializado*. En este sentido, también el Comité de los Derechos del Niño recoge como obligación de los Estados parte «impartir capacitación» sobre el contenido del artículo 12 de la Convención y sobre su aplicación práctica a todos los profesionales[64] que intervengan en asuntos en los que se afecte a personas menores.

Asimismo, como medidas para garantizar la observancia del derecho a ser escuchado, el Comité alude a la necesidad de establecer buenas prácticas en orden a evaluar de forma individual y personalizada la capacidad del NNA, atendiendo a su situación personal y a sus particulares circunstancias, a fin de poder dirimir si la persona menor en cuestión es o no capaz de formarse un juicio propio de forma «razonable e independiente» para dilucidar si sus manifestaciones u opiniones pueden ser tenidas en cuenta por la autoridad judicial. En este sentido, algunos autores defienden que sean los Equipos técnicos los que valoren prima facie la capacidad del NNA para formarse su propia opinión, y, una vez superada esta valoración, que este mismo Equipo informe claramente a la persona menor de edad sobre el derecho que tiene a ser escuchada, de que puede manifestar su opinión por ella misma o bien a través de un representante que ella designe y, también, de las consecuencias que puede tener expresar su opinión si esta es tenida en cuenta[65].

Otra cuestión que resulta importante ligada a lo que precede es la necesaria aptitud de la autoridad judicial para llevar a cabo esta escucha activa una vez se determine que concurren las condiciones para que el NNA pueda ser escuchado. En este sentido, en la *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida* ya citada, se alerta también de la importancia de la especialización del orden jurisdiccional y de la formación especializada de la autoridad judicial en la materia para fomentar la escucha activa y posibilitar que esta audiencia sea llevada a cabo de forma garantista con los derechos de los NNA[66]. Hay que atender a que

[64] El Comité se refiere en sentido amplio a todos los intervinientes en procedimientos en los que resulten afectados NNA, tales como: abogados/as, jueces/zas, policías, trabajadores/as sociales, trabajadores/as comunitarios/as, psicólogos/as, entre otros.

[65] En este sentido, Caso Señal, «El derecho de los niños y niñas a ser escuchados tras la reforma de la Ley Orgánica 8/2015 y de la Ley 15/2015 de 2 de julio de jurisdicción voluntaria», en *AAVV, El futur del dret de família. Homenatge a Francesc Vega Sala,* SCAF, 2016, pp. 39 ss., proponiendo también incluso que: «Si el menor optara por interesar la audiencia directa ante el juez ya quedaría en manos de este convocar la exploración judicial que sólo podría rechazar mediante resolución motivada. Si el menor optara por ser escuchado directamente por el equipo (técnico) ya en el mismo acto se podría recoger en acta el contenido de su opinión (…)».

[66] Vid. En la ya citada *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, 2020, en la que se afirma que: «La aplicación del derecho de familia exige, además de un adecuado conocimiento técnico-jurídico de la materia, el conocimiento específico y la aplicación de ciertas técnicas metajurídicas, específicas de los procesos de familia, que la mayoría de los Juzgadores desconoce e inaplica. Así ocurre con el análisis de las pruebas periciales. No se conocen las técnicas seguidas para la elaboración de estos estudios y para la extracción de determinadas conclusiones. Si la base de un porcentaje altísimo de las sentencias es precisamente el informe pericial, es particularmente importante que el Juzgador conozca cómo se ha hecho ese informe, cómo y por qué los peritos han llegado a determinada conclusión. Los juzgadores no hacen análisis crítico de los informes psicosociales, en gran parte porque carecen de los conocimientos técnicos suficientes para poder llevarlo a cabo y poder someter al perito al interrogatorio adecuado en ratificación. (…) Lo indicado en el ordinal anterior es igualmente aplicable a las técnicas relativas al interrogatorio de las partes o la audiencia de los/as hijos/as competentes, que son esenciales para conocer las circunstancias de la familia. *Es particularmente importante conocer la técnica para oír y escuchar a un niño y para extraer la información adecuada acerca de cuáles son sus preferencias, sus necesidades, sus deseos. Todo esto requiere una técnica, que no es jurídica pero sí necesaria, y de la que la inmensa mayoría de los Jueces carecen. La formación especializada es absolutamente necesaria para esto, y la especialización de la jurisdicción también*.» p.144.

una mala realización de esta audiencia por incurrirse en malas técnicas puede comportar al NNA daños irreversibles.

3.6. La obligación de levantar acta de la audiencia y el derecho a la intimidad

En la práctica procesal se ha planteado si la obligación de extender acta, en cualquier caso, sobre las manifestaciones del NNA en la audiencia que se lleve a cabo puede comprometer su derecho a la intimidad. Según el ya citado artículo 18.2 apartado cuarto de la LJV, tras las modificaciones introducidas en el precepto por la LOPIIA, del resultado de las comparecencias que se celebren en los expedientes de jurisdicción voluntaria que afecten a los intereses de una persona menor de edad «se levantará *en todo caso*, acta por el Letrado de la Administración de Justicia, expresando los *datos objetivos del desarrollo de la audiencia*, en la que reflejará las *manifestaciones* del niño, niña o adolescente *imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente, cuidando de preservar su intimidad*». Estas precisiones que se recogen ahora en el precepto vienen motivadas por los argumentos que se contienen en la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) número 64/2019 de 9 de mayo[67] que se pronunció acerca de la posible colisión entre el derecho a la intimidad de la persona y el derecho de defensa de las partes intervinientes.

[67] En la nueva redacción se incluyen las precisiones efectuadas por el Tribunal Constitucional en la STC 64/2019, Pleno, de 9 de mayo (ECLI:ES:TC:2019:64), que se pronunció sobre la posible colisión entre el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) de las personas menores y el derecho a la defensa (art. 24.2 CE). Se recoge en la sentencia que el acta de la exploración judicial del menor constituye el reflejo procesal, documentado, del derecho del menor de edad a ser «oído y escuchado» y que este derecho forma parte del «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos» (FJ 4). El alto Tribunal esgrime, tras llevar a cabo un juicio de proporcionalidad de la norma, que es en el desarrollo de la audiencia del menor cuando hay que dar observancia y cumplimiento a los derechos de audiencia y participación en el procedimiento así como al derecho a la intimidad de la persona menor, y no tanto, en el momento del traslado del acta, afirmando que «es en la celebración de la exploración judicial del menor, a puerta cerrada, cuando el juez o letrado de la administración de justicia debe cuidar de preservar su intimidad (art. 9.1 párrafo segundo, de la Ley Orgánica 1/1996), velando en todo momento por que las manifestaciones del menor se circunscriban a las necesarias para la averiguación de los hechos y circunstancias controvertidos, de modo que la exploración únicamente verse sobre aquellas cuestiones que guarden estricta relación con el objeto del expediente (…)Si se observan estrictamente estas reglas y cautelas, como es obligado en atención al interés superior del menor, se reduce al mínimo la incidencia en su intimidad: en cuanto reflejo de una exploración judicial en la que ya se han adoptado las medidas oportunas para preservar la intimidad del menor, el contenido del acta únicamente deberá detallar aquellas manifestaciones del menor imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente. Así acotado el desarrollo de la exploración judicial y el consiguiente contenido del acta, en razón de esa misma relevancia, y por imperativo del principio de contradicción, el acta ha de ser puesta en conocimiento de las partes para que puedan efectuar sus alegaciones.» (FJ8)

Así, el Tribunal concluye que la norma no vulnera ningún precepto constitucional y que el acta necesariamente ha de existir y ser imperativamente trasladada a las partes legitimadas en aras de garantizar la observancia del principio procesal de contradicción contenido en el artículo 24 CE, máxime en los procesos de jurisdicción voluntaria en los que se afecte a personas menores, que de conformidad con el artículo 19.2 LJV pueden resolverse por la autoridad judicial, según este precepto, en función de «cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados».

Con posterioridad a que fuera dictada esta Sentencia los operadores jurídicos han tratado de examinar y de ir adaptando la práctica procesal al mandato constitucional[68].

No obstante, quedan muchas cuestiones por atender en la práctica procesal y estas difícilmente podrán ser resueltas sin una regulación clara en la materia. Difícil también resulta en cada caso dar cumplimiento al mandato de que el acta deba contener las manifestaciones «imprescindibles por significativas y estrictamente relevantes» y complejo resulta también en algunos supuestos preservar incólume el derecho de intimidad de los NNA con la extensión del acta a las partes intervinientes[69].

3.7. Las consideraciones y valoraciones de las opiniones manifestadas por los NNA en la audiencia

Es necesario atender a que no sólo debe escucharse a la persona menor de edad siempre que las circunstancias concurrentes no lo desaconsejen (y si esto es así siempre debe motivarse fundadamente atendiendo al interés superior de la persona); sino que sus opiniones deben también ser debidamente consideradas, en función de su edad y madurez, y tenidas en cuenta por la autoridad judicial a la hora de resolver sobre la cuestión que le afecta, debiendo, además *recogerse el resultado de la audiencia y su valoración* en esta resolución.

Ahora bien, conviene hacer una precisión al respecto. Que deban *tenerse en cuenta sus opiniones no se traduce en que el NNA tenga derecho a decidir*, toda vez que sus preferencias pueden no ser adecuadas a su interés superior[70]. Podrán ser tenidas en cuenta (o no) en función de cada caso, deberán ser valoradas y será la autoridad judicial la que deba tomar la decisión velando por su interés superior, y, reitero, emitiendo una resolución fundada y motivada en cada caso. De La

---

[68] En este sentido, puede consultarse: Aurabeda Dalmau / Cristóbal Sáez / Jané Gil «La exploración del niño/niña/adolescente y el derecho a la intimidad» en Abel LLuch (Coord.), *La pericial psicológica en los procesos de familia,* Editorial Jurídica Sepín, 2021, pp. 135-141. Los autores, todos ellos jueces, una vez dictada la referida STC 64/2019, se plantean en este capítulo cuestiones como cuál es la información mínima que habrá de ser facilitada a la persona menor y, coinciden en que «en atención a la STC antedicha, debe considerarse que, en aras de preservar su intimidad en el ejercicio de su derecho de audiencia, al menor se le debe informar: primero, de que sus manifestaciones pueden ser conocidas por las partes del procedimiento; segundo, sobre qué extremos puede pronunciarse, especialmente sobre aquellos de los que no es necesaria su manifestación de opinión (...)». También se plantean otras cuestiones respecto a la implicación del contenido de esta sentencia en la práctica procesal, tales como, la actuación de los peritos sobre las manifestaciones efectuadas por la persona menor o ante la solicitud de traslado de la grabación del acta, en los casos en que dicha grabación exista.

[69] Vid. El artículo doctrinal del magistrado que planteó la cuestión de inconstitucionalidad en respuesta a cómo se resolvió en la ya referida STC 64/2019. Abel LLuch «Algunas dudas a raíz de la STC, Pleno, de 9 de mayo de 2019, sobre la constitucionalidad del artículo 18.2.4º, de la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Diario La Ley*, nº9533, 2019.

[70] A este respecto, entre otras, vid. Auto del TSJ de Cataluña, Civil, de 28 de octubre de 2010 (ECLI:ES:TSJCAT:2010:561ª) que en su FJ 3 recoge «(...) resulta que el principio general es el del favor filii y la voluntad expresada por el menor no puede contravenir dicho principio general, todo ello sin perjuicio de ser tenido en cuenta como un elemento de valoración para determinar cuál debe ser dicho favor filii lo que comporta la revisión de los elementos fácticos».

También vid. la recopilación de doctrina elaborada por García González en «Doctrina judicial sobre dret de família a Catalunya», Atelier Llibres Jurídics, 2019, pp.185-186.

Así como, Pérez Aguilera «La intervención de los menores en los procesos civiles y la defensa de sus intereses» en Banacloche Palao (dir.) *Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad,* Thomson Reuters Aranzadi 2020, pp.251, que, al referirse a la audiencia de la persona menor destaca que «(...) conviene precisar que oír al menor no equivale a acatar su voluntad de forma acrítica e incondicional».

Iglesia Monje afirma en este sentido que la autoridad judicial debe escuchar a la persona menor antes de tomar una decisión, a fin de garantizar su derecho fundamental a ser escuchada, y aun cuando no queda obligada a resolver conforme a sus manifestaciones, no quedando vinculada por las opiniones que esta expresa «(...) sí ha de asegurarse de que esta opinión es objeto de especial ponderación»[71].

Además, la autoridad judicial debería trasladar a la persona menor, de forma accesible y comprensible atendiendo a sus circunstancias personales, el *resultado del procedimiento con la expresa indicación de cómo ha valorado o si ha tenido en cuenta (o no) las opiniones manifestadas*. Esta comunicación coadyuva con la necesidad de dar cumplimiento real y efectivo al derecho de la persona menor a ser escuchada y, además, facilita que ésta pueda adoptar una postura en contra recurriendo la resolución.

En este punto advertimos de nuevo que nuestro sistema procesal no ha sido formulado para promover o facilitar la participación de las personas menores en el procedimiento judicial, aun existiendo preceptos que refieran a una posible intervención y aun debiendo serles notificadas determinadas resoluciones y debiendo conferirles legalmente la posibilidad de recurrirlas. Sólo es necesario reiterar que, aunque legalmente el propio NNA pueda solicitar ser escuchado ante la autoridad judicial no existen todavía unos parámetros legales diseñados *ex profeso* para articular esta posible solicitud ante los tribunales y menos aún un sistema de recursos que posibilite impugnar las resoluciones que le atañen. Lo anterior, no hace más que confirmar que el sistema procesal no está pensado ni se adapta a las personas menores, que aun no siendo parte del proceso son partes sustancialmente afectadas por el mismo, y, aun así, su legítima participación no ha sido suficientemente considerada por el ordenamiento.

3.8. La comunicación a los NNA de la resolución sobre aquello que les afecta, sobre cómo se han tenido en cuenta sus manifestaciones y sobre de qué recursos disponen para la impugnación de la misma

El ordenamiento jurídico debe poder garantizar que la resolución que afecte a la persona menor le sea debidamente notificada y pueda ser recurrida si no se ha dado cumplimiento u observado su derecho a ser escuchada, o bien, si se considera que sus manifestaciones no han sido tenidas debidamente en cuenta.

No obstante, debemos atender a una cuestión procesal ya referida, y es que, aunque de la normativa supranacional invocada se infiera que se está pensando en el NNA como un actor en el proceso[72], debemos considerar que en nuestro derecho procesal las personas menores que son llamadas al procedimiento de familia para ser oídas sobre cuestiones que les afectan no son parte del proceso en sentido estricto, ni como he indicado, nuestro sistema procesal está concebido para la participación activa de los NNA afectados por el mismo. Por ello, la notificación de esta resolución y la posibilidad de recurrirla requieren, de un lado, como ya se ha apuntado, de una regulación clara que establezca la obligatoriedad de ser notificadas acerca del resultado de la comparecencia, el modo de llevar a cabo esta notificación y la exigencia de que sean informadas debidamente y de forma comprensible de los medios de impugnación de la

[71] Vid. op.cit. De La Iglesia Monje, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº759, 2017, p. 349.

[72] En este sentido, vid. op.cit. Díez Riaza en *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia,* Aranzadi, 2016, pp.563.

resolución dictada, así como de los plazos; y, del otro, requiere también que las personas menores cuenten con la posibilidad de formular el recurso si lo creen conveniente.

Resulta obvio que la interposición del recurso sólo es posible si existe un sistema de recursos planteado a tal efecto, y si puede procurársele una asistencia letrada accesible, directa y gratuita para que la persona menor sea asesorada y tenga posibilidad de formular, en su caso, el recurso y, que, en todo caso, cuente con una información comprensible y adaptada a sus circunstancias personales en todo momento.

No cabe duda de que no puede hacerse depender la posible interposición del recurso del apoyo de sus representantes legales (generalmente sus progenitores) para plantear este hipotético recurso, supuesto que es cuanto menos difícil y cuestionable que concurra, al tratarse de cuestiones en los que sus representantes mantendrán posturas contrapuestas no pudiendo garantizarse, en ocasiones, la preservación del interés superior del hijo/a. Tampoco tendría sentido que la persona menor se viera obligada a instar un expediente de jurisdicción voluntaria solicitando el nombramiento de un defensor judicial con la finalidad de que sea éste último el que interponga el recurso, por cuanto como ya se ha indicado no es parte procesal. Y tampoco puede hacerse depender su posibilidad de recurrir de la actuación del Ministerio Fiscal como garante de sus intereses. Es más, la normativa considerada exige que sea la propia persona menor, en defensa de sus propios intereses, la que personalmente debe ser notificada y pueda (ella misma con la asistencia letrada debida) formular la impugnación que le ampare en defensa, insisto, de sus propios intereses, que no necesariamente coinciden con los de las partes procesales.

Lo anterior choca frontalmente con la inexistencia de un régimen jurídico especifico de recursos que puedan ser formulados por los NNA. No existen en la LEC previsiones acerca de cómo debe procederse a la notificación a la persona menor afectada, qué resoluciones deben serle notificadas ni qué recursos podrían interponer ni en qué plazo procesal. Autores como González García han venido alertando de la necesidad de que exista un «sistema ordenado y sistemático de normas concebido para dar cobertura adecuada a los derechos fundamentales del menor, de aplicación a los procesos o expedientes civiles que le afectan»[73].

Esta omisión de un sistema de recursos articulado para los NNA para impugnar las resoluciones que les afecten en los procesos de familia vulnera el contenido del artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, así como el artículo 9 de la LOPJM, que establece la obligatoriedad de notificar a la persona menor la denegación de la audiencia y de indicarle los recursos que puede formular en contra de dicha resolución[74] con los graves perjuicios que esta omisión irroga a las personas menores de edad.

---

[73] González García «La protección de los derechos fundamentales de los menores en los procesos civiles: ¿un régimen especial?» en Banacloche Palao, Julio (dir.) *Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad,* Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp.286.

[74] A tenor del artículo 9.3 in fine de la LOPJM « (…) Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración».

Asimismo, la *Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita*[75] no contempla la asistencia jurídica gratuita a las personas menores, más allá de las situaciones en las que estas sean víctimas de abuso o maltrato. Esto no cohonesta con el necesario establecimiento de un sistema de recursos accesible que garantice que las personas menores comprendan los derechos que les asisten y puedan formular recurso ante la autoridad judicial si lo consideran.
Aun cuando recientemente ha sido prolija la regulación en materia de protección de los NNA[76] y en el actual contexto el legislador tiende a dotar al sistema de un mayor reconocimiento a los derechos de las personas menores, sorprende que todavía no existan preceptos en relación a lo apuntado.

4. Conclusiones

Tras el análisis normativo y el examen de algunas de las anomalías que se producen en la práctica de la audiencia en los procesos de familia, pueden extraerse algunas conclusiones. Sin ánimo de exhaustividad conviene recalcar las que a continuación se exponen:

- La disparidad de normas y la confluencia de un criterio legal (juicio de madurez) y de un criterio cronológico (edad), así como la regulación distinta entre la tramitación de los procedimientos de familia y la tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria dificulta la práctica procesal de la audiencia, que requiere de una regulación clara y precisa en aras de poder garantizar la protección del derecho de los NNA a ser escuchados.

- El criterio de la edad de la persona menor (doce años) acogido por nuestro ordenamiento como presunción de madurez aplicado de forma estricta conculca el derecho de la persona menor a ser escuchada. Debe partirse de otra premisa: la de que cualquier persona puede ser capaz de tener y manifestar sus propias opiniones. La eliminación del criterio de edad y la valoración del grado de madurez de la persona independientemente de la edad con la que cuente promovería la escucha de las personas menores desde edades tempranas.

- Es sumamente necesario y urgente que la práctica de la audiencia sea regulada a la luz de la normativa supranacional y de la LOPJM, desde la perspectiva de la necesaria adaptación de la justicia a las personas menores para que puedan participar en el proceso de familia, aun no siendo parte procesal. Particularmente en los procesos de familia, el ordenamiento debe propiciar de forma efectiva la escucha activa de los NNA garantizándoles su derecho a ser escuchados en base a unos criterios claros y uniformes atendiendo a la trascendencia para los hijos/as de las decisiones que van a ser tomadas y en cualquier fase del proceso y previa decisión de cualquier decisión que les afecte.

[75] BOE-A-1996-750 https://www.boe.es/eli/es/l/1996/01/10/1/con

[76] Piénsese, entre otras, en la promulgación de la ya mencionada *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* (BOE-A-2021-9233 https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con) o en el *Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia*, que plantea significativas modificaciones en materia procesal.

- La persona menor debe ser escuchada personalmente a no ser que atendiendo a su interés superior sea más aconsejable sustituir su audiencia por las opiniones recogidas por los técnicos especialistas conocedores de su situación. Suplirlas por las de los especialistas conocedores de la situación de la persona menor sólo puede explicarse en base a las circunstancias concurrentes y en garantía de un mayor bienestar para la persona menor. Por otro lado, suplir las manifestaciones de la propia persona por las de un representante que le asista o una persona de su elección sólo es posible si la propia persona menor lo solicita.

- Los profesionales, en sentido amplio, que intervienen en el proceso judicial en el que un NNA puede resultar afectado deben poder acceder y contar con formación especializada en materia de derechos de la infancia. Deben poder disponer de herramientas necesarias que les permitan intervenir en cualquier fase de la audiencia con las máximas garantías y hallarse en conexión directa y constante con los Equipos técnicos y /o profesionales de otras disciplinas, como la psicología y/o la psiquiatría, que cooperen y les asistan. Atiéndase a que la autoridad judicial debe ser capaz de, entre otros extremos, evaluar la conveniencia de tomar en consideración y de qué modo las manifestaciones de la persona menor siendo todo ello sumamente complejo. Cabe referir, que esta especialización también le permitirá al/la Letrado/a de la Administración de Justicia velar por la preservación del derecho a la intimidad del NNA especialmente en el momento de levantar acta sobre la comparecencia o acto de la audiencia.

- La determinación del grado de madurez o de discernimiento suficiente de la persona para ser escuchada debe ser llevada a cabo por especialistas de otras disciplinas como la psicología y/o la psiquiatría que se hallen en contacto permanente y directo con la autoridad judicial y personal interviniente. Una vez sea determinada esta cuestión, que operará como premisa para que la persona pueda ser escuchada, será la autoridad judicial la que podrá valorar cómo tiene en cuenta las manifestaciones que el NNA haya efectuado (sobre los aspectos respecto a los que haya querido manifestar su opinión) y siempre debería poder estar asistido por estos especialistas y, además, contar también con la formación especializada requerida al efecto.

- Todas las resoluciones que versen sobre la audiencia de las personas menores deben estar suficientemente motivadas por la autoridad judicial y deben ser notificadas a la persona que ha sido escuchada, tanto las relativas a la admisión o denegación de la práctica de la misma como la resolución que valore cómo han sido tomadas en cuenta sus manifestaciones. Todo ello implica, además de que se efectúe en un lenguaje comprensible, que se justifique cómo han sido valoradas sus manifestaciones y qué ha conducido a la autoridad judicial a la decisión tomada. Esta exigencia pasa por el diseño y establecimiento por parte del legislador de un sistema especial de notificación y recursos, y desde el prisma, reitero, de la búsqueda de la ya invocada *child-friendly justice*.

- Lo anterior exige que el NNA pueda contar con asistencia letrada especializada en el ámbito de los derechos de las personas menores, lo que requiere asimismo que el legislador prevea este extremo y esta necesidad se integre en la normativa procesal. Es

más, no sólo en el momento de la notificación de la resolución que le afecte, sino, a mi entender, desde una fase muy pronta, desde el momento en que una persona menor pueda resultar afectada en un proceso de familia por una resolución que se pronuncie sobre aspectos que le afectan. Ya en este momento el ordenamiento debería prever la notificación personal (o la llamada al proceso por otros medios) del procedimiento entablado, así como la información sobre los derechos que le asisten en un lenguaje particularmente adaptado a su edad y a sus circunstancias personales. La especialidad de la materia apunta a que esta información comprensible deba ser facilitada por profesionales expertos.

- En este orden de cosas, y al deber reconocerse el derecho de las personas menores a participar en el proceso contando con asistencia letrada especializada, es perentorio que se integre en el contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita el derecho de las personas menores a ser asistidas en los procesos judiciales de familia que les conciernan y cuyas decisiones les pueden afectar. Así, la persona menor debe poder designar un profesional de su elección, o bien debe poder contar con una designa de abogado/a de oficio de forma directa y gratuita, más allá de los casos que ahora se prevén relacionados con situaciones de violencia.

Todas estas conclusiones alcanzadas, algunas de ellas de lege ferenda, sólo pueden ser posibles con la especialización de los juzgados y tribunales que deben conocer sobre asuntos de familia en los que se afecte a personas menores. También será necesario que el legislador abogue por el diseño y reformulación de un sistema judicial que no ha sido diseñado para promover la participación de los NNA en los procesos que les afecten, ya sea en su esfera personal o patrimonial; sistema que, a la vez, debe ser capaz de velar por su bienestar y garantizar la protección de sus derechos. Todo ello, también debe ir acompañado de una concienciación social distinta, que no tienda a alejar al NNA afectado del proceso, sino que tome conciencia de que las personas menores también cuentan con sus propias opiniones y que, si las circunstancias lo aconsejan, deben poder ser escuchadas si así lo desean. Esta concienciación social distinta y que opera y trasciende a cualquier ámbito exige el respeto de los derechos de la infancia y la educación y promoción de los mismos. Sólo así podrá construirse un sistema que garantice sus derechos de forma eficaz.

5. Bibliografía

Abel LLuch, Xavier (Coord.), *La audiencia del menor en los procesos de familia*, Editorial Jurídica Sepín, 2019.

Abel LLuch, Xavier «Algunas dudas a raíz de la STC, Pleno, de 9 de mayo de 2019, sobre la constitucionalidad del artículo 18.2.4º, de la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Diario La Ley*, nº9533, 2019.

Álvarez Ramos, Fernando y Catalán Frías, M. José, «La entrevista del niño/niña/adolescente y su admisibilidad u oportunidad» en Abel LLuch, Xavier (Coord.), *La pericial psicológica en los procesos de familia,* Editorial Jurídica Sepín, 2021, pp. 131-134.

Banacloche Palao, Julio (dir.) *Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad,* Thomson Reuters Aranzadi ,2020, pp.251.

Caso Señal, Mercè, «El derecho de los niños y niñas a ser escuchados tras la reforma de la Ley Orgánica 8/2015 y de la Ley 15/2015 de 2 de julio de jurisdicción voluntaria», en *AAVV, El futur del dret de família. Homenatge a Francesc Vega Sala,* SCAF, 2016, pp. 39 ss.

Caso Señal, Mercè/ Atares García, Eva, «Naturaleza jurídica» en Abel LLuch (Coords.), *La audiencia del menor en los procesos de familia*, Editorial Jurídica Sepín, 2019, pp. 27-30.

Consejo General Del Poder Judicial (CGPJ) *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida,* CGPJ, 2020.

Contreras Rojas, Cristian, «La capacidad procesal de niños, niñas y adolescentes: hacia un reconocimiento amplio y efectivo», *La Ley Derecho de familia*, nº13, 2017.

De La Iglesia Monje, María Isabel, «El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº759, 2017, pp.345-369.

Defensor del Pueblo, *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, Madrid, 2014.

Díez Riaza, Sara «El derecho del menor a ser oído en el proceso» en Martínez García (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Aranzadi, 2016, pp.561-577.

García González, José Antonio, *Doctrina judicial sobre dret de família a Catalunya*, Atelier Llibres Jurídics, 2019, pp.185-186

González Pillado, Esther/ Grande Seara, Pablo, *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, Tirant monografías 321, 2004, pp. 226-228.

Guzmán Fluja, Vicente Carlos / Castillejo Manzanares, Raquel, *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Dirección General de Acción Social del Menor y de la Familia, 2000, pp. 110-111.

Lansdowm, Gerison, *The evolving capacities of the child*, Unicef, 2005.

Martinez De Careaga García, Clara; Martínez Tristán, Gerardo, et al. (Coords.), *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida,* Consejo General del Poder Judicial, 2020

Miranda Vázquez, Carlos (coord.) / Picó i Junoy, Joan (dir.)/ Abel LLuch, Xavier (Dir.), *Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba,* Bosch editor, 2018.

Pérez Aguilera, Luis Miguel «La intervención de los menores en los procesos civiles y la defensa de sus intereses» en Banacloche Palao, Julio (dir.) *Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad,* Thomson Reuters Aranzadi 2020, pp.251

Posada Fernández, M. Teresa, «El derecho de audiencia del menor en los procedimientos que le afecten» en Solé Resina, Judith /Almada Mozetic, Vinicius (Coords.), *Derechos fundamentales de los menores. Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia*, 2018, pp. 208-213.

Save the Children, *Infancia y justicia: una cuestión de derechos. Los niños y las niñas ante la Administración de Justicia en España*, Save The Children, 2012

InDret
3.2022

La Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos?

Tomás Rubio Garrido
Universidad de Sevilla
-

Sumario

-

El trabajo ofrece una valoración crítica de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Se destacan, entre otros, los problemas prácticos que podrá conllevar la falta de una regulación general de la curatela con funciones representativas y la promoción de la guardia de hecho; la utilización de un lenguaje que menosprecia el régimen anterior sobre incapacitación; y la creciente administrativización del derecho privado de la persona.

Abstract

-

This contribution offers a critical assessment of the Spanish Act 8/2021, of June 2, which amends civil and procedural law on the protection of persons with disabilities in exercising their legal capacity. Among other issues, the article underscores the problems that the lack of a general regulation of curatorship with representative functions and the promotion of de facto guardianship will entail in practice; it also highlights the use of language that tends to disparage the previous Spanish law on incapacitation; and it criticizes the growing publification of the private law of persons.

Title: *The Spanish Act 8/2021, on the protection of persons with disabilities. An example of legal do-goodism and adamism?*

-

Palabras clave: personas con discapacidad, reforma del Código Civil, incapacitación, medidas de apoyo
Keywords**:** *persons with disabilities, Spanish Civil Code reform, incapacitation, protection measures*

-

1.- Cuando uno llega a peinar muchas canas, recibe con cierto escepticismo supuestas "revoluciones" jurídicas que se le anuncian. También suele suceder que cualquier novedad pueda verse con excesiva prevención y se cometan injusticias en cuanto a la valoración de sus fines y resultados[1].

Ello me lleva a pedir disculpas preventivamente si tales sesgos psicológicos me han conducido a no captar bien la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

2.- La Exposición de Motivos de dicha ley y amplia doctrina han saludado esta norma como un "hito fundamental" que asombrará a las generaciones venideras[2].

No puede sorprender que un legislador presente sus obras con timbales y trompetas; ni tan siquiera el que lo haga de manera convencida[3]. Tampoco puede sorprender que haya siempre un nutrido arsenal de juristas que hagan el coro al legislador de turno, en particular, en lo que al ámbito universitario se refiere, desde que el Ateneo quedó en gran medida convertido en dependencia burocrática del entramado institucional político[4].

Lo que sí puede llamar la atención es que, ansioso de "autobombo", el legislador parta de la premisa de que el ordenamiento y la praxis jurídica precedentes trataban a las personas con discapacidad como seres humanos privados de toda o parte de su capacidad jurídica, como si fueran *alieni iuris* del antiguo Derecho romano, y sujetos a peor trato que las personas históricamente condenadas a muerte civil o interdicción, civil o canónica[5].

---

[1] *Tic* que posiblemente sea más frecuente entre civilistas, que fuimos educados aún con los rescoldos de pensar el Derecho civil como depósito de un acervo de conocimientos decantados a lo largo de mucho tiempo histórico y que, por ello mismo, suele atesorar sabiduría obtenida de intenso contacto con la vida real.

[2] En dicha Exposición también pueden leerse otras perlas: "paso decisivo" o "cambio de paradigma". Llama la atención sobre este *pathos* tan enfático BERCOVITZ, en "Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", RJN, 113, 2022. p.70.

[3] Baste leer, a mero título de ejemplo, cualquiera de las normas basilares del nuevo Estado español desde 1936 en adelante.

[4] A mi modesto juicio, está, por hacerse, con ecuanimidad, el relato de esta deriva que aqueja a la Universidad (no sólo española), que hoy se refleja, por poner sólo un ejemplo, en el control oblicuo, pero claro, de las líneas de investigación y sus enfoques por un órgano administrativo, a medio camino entre el fomento y la policía, con cuya acción "evaluadora" se secuencia el progreso en los grados del funcionariado. Y la creciente genuflexión, en lo económico, de sus funcionarios, por mor de los complementos salariales obtenibles vías congresos, grupos de investigación y demás manifestaciones de fomento administrativo. Creo que hay muchos más síntomas de cuanto expongo, pero opto por omitirlos, pues son ajenos a la economía de estas breves reflexiones.

Creo que esto es un *quid novum* del momento actual en la mayor parte de los estudios jurídicos de nuestra Universidad; el jurista áulico del gobernante es, en cambio, una constante desde los tiempos romanos.

[5] Desde una exageración, que debe entenderse con finalidad dialéctica y, en su caso, para lograr mayor eficacia discursiva, parecería, tras leer la Exposición de Motivos de la Ley, y el amplio coro de doctrina hagiográfica, que antes de la promulgación de esta ley, legisladores pretéritos, doctrina, notarios y tribunales habrían conformado un espectáculo dantesco, por su atavismo y brutalidad.

Puesto que ello es sencillamente falso[6]. Con algunas disfunciones en la praxis[7], la reforma legal en esta materia, alumbrada en 1983, supuso una importantísima mejora en la regulación y trato de las personas con discapacidad[8], y, en lo que se refiere a la elaboración doctrinal consolidada, era muy importante y meritorio el arsenal de conceptos jurídicos, elaborados en torno a la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, los requisitos específicos de algunos negocios jurídicos concretos -por ejemplo, art.175,1 C.c- (y, en su caso, prohibiciones ante algunos de ellos: art.1459 C.c, en otro ejemplo), el consentimiento como requisito general para todos los actos y negocios jurídicos (arts.1261,1º y 73,1º C.c.)[9] y la relevancia de los intervalos lúcidos, como mínimo, en materia testamentaria y de matrimonio[10].

Quien esto escribe jamás vio a ningún fedatario que negara su asistencia a personas con disfunciones visuales o auditivas o con algún otro tipo de minusvalía que en nada interfiriera con su capacidad de autogobierno (mancos, inválidos, etc.), aceptándose, en su caso con las debidas cautelas, los auxilios para la correcta transmisión y traducción jurídica de sus voluntades, preferencias y deseos. Y, con algunos desfallecimientos puntuales, casi siempre posibilitados por la secular postración material de la Administración de justicia, siempre percibió -en jueces, fiscales y peritos forenses- una máxima delicadeza y sensibilidad ante la situación real de las personas con problemas de autogobierno[11].

---

[6] Jamás en nuestro país se dieron manifestaciones legales de una capacidad jurídica degradada para las personas con discapacidad, no arios o no afectos al régimen político imperante, que sí fueron triste realidad en numerosos lugares (Alemania, Italia y un sinfín de países europeos en la década de los veinte y treinta del siglo pasado, con incluso alguna manifestación -que estaría bien estudiar- en países anglosajones). Tampoco en nuestro ordenamiento se conoce la muerte civil desde la noche de los tiempos, ni gradaciones en la capacidad jurídica de nadie bajo distintas formas de *capitis deminutio*. Hasta la edición reformada del C.c. de 1889 aprovechó para eliminar la falta de *testamenti factio* activa en los religiosos profesos.

Con minucioso análisis de varias sentencias del TS, el Prof. BERCOVITZ, op.cit, pp.19-37 y 39-53 y 70 pone de relieve, de manera muy convincente, la falsedad fundamental en que dice asentarse esta nueva Ley. Falsedad que se agranda cuando, de manera explícita o implícita, la Exposición de motivos y algunos de sus comentaristas de acompañamiento acusan a los tribunales, legislación y doctrina antecedentes de incumplir la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

[7] Pero la mayor parte de ellas atenían a la lentitud y cuellos de botella de la Administración de justicia, que, por ejemplo, en parte fueron paliados por la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 (me refiero, por ejemplo, a los expedientes para pedir autorizaciones judiciales). Otras procedían de magnas operaciones de fraude de ley que ninguna reforma podrá nunca extirpar por completo (y sí sólo mitigar, lo que, conforme se dirá, creo que la Ley 8/2021, de 2 de junio no logra, sino todo lo contrario).

[8] Entre los puntos que suelen destacarse como avances aportados por aquella reforma están el abandonar la implícita concepción de la discapacidad como una maldición o trapo sucio que debía autogestionarse preferentemente en el interior de las familias, el dibujar todas las funciones tuitivas como potestades y no como derechos subjetivos, puesto que constituían un deber, a ejercitar siempre en beneficio del protegido, y el potenciar el control y la intervención judicial, tanto para el concreto ejercicio de todos los mecanismos de apoyo, como en la exigencia de un procedimiento declarativo contencioso para poder constituir o declarar una modificación en la capacidad de obrar de las personas y, sobre todo, para el seguimiento de los muy delicados problemas de los internamientos de las personas.

[9] Con relevancia para incapaces naturales y casos de enajenación mental transitoria por hipnosis, drogas, medicamentos, etc.

[10] Baste consultar de verdad (no epidérmicamente) obras como la de DE CASTRO, *Derecho de la persona*, Madrid, 1952 para comprobar un hercúleo y admirable esfuerzo en pos de la dignidad de toda persona humana y el libre derecho al desarrollo de su personalidad (aun, en el contexto de la época, apesadumbrado por la comprensión medievalista del status personal y defensa de rígidos corsés en materia familiar, dimanados de los esquemas jurídicos católicos en un Estado confesional).

[11] Por tal razón, muchas de las afirmaciones, engoladas e imprudentes, de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio y de muchos de sus comentaristas podrían llegar a ser incluso ofensivas para tantos que,

3.- El ardid de motejar la normativa y praxis anteriores como infaustas, para así aparecer el legislador presente como "campeón del progreso", tampoco es nuevo. Eximios precursores en tal mecanismo de mera propaganda lo fueron ya los actores de la revolución francesa que inocularon, por vez primera en la edad moderna, de manera masiva, en el subconsciente social colectivo la ecuación de que antes del 14 de julio de 1789 todo era barbarie, superstición y oscuridad (resultando ellos, por consiguiente, paladines sin par de la libertad, igualdad y fraternidad). Pero nuestro legislador de 2 de junio de 2021, en su ansia de dar vida a supuestas piedras miliares, se ha excedido, a mi juicio, al transitar por este registro de autoencomio, hasta caer de bruces en otro de los atajos culturales más recurrentes en la historia social y política, cual es el adanismo[12].

A la postre, una vez que haya sido analizada la sustancia novedosa real de esta reforma, y acallados que queden los iniciales botafumeiros doctrinales salmodiados en los ritos de rigor del actual firmamento jurídico (congresos, libros colectivos monográficos, números especiales de revistas, etc.), acaso podrá exclamarse, como en el célebre soneto cervantino, "*Caló el chapeo, requirió la espada, / miró al soslayo, fuese y no hubo nada*". O, más bien, según entreveo, aunque no haya tanta novedad sustantiva para la posteridad, se podrá constatar que se ha consumado un muy importante estropicio para la praxis real, ésa que ya hoy se ignora, demasiado a menudo, en las cátedras universitarias, y que es la que se vive en las notarías, juzgados y despachos de abogados de toda la geografía nacional[13].

4.- Transitar por esquemas conceptuales y aplicativos que ahonden en el trato jurídico de todo ser humano como persona en el Derecho, acreedor de dignidad y titular de un derecho fundamental a desarrollar libremente su personalidad, como creo indudable hace el legislador de esta reforma, no supone ninguna novedad real. Ni tampoco fue un descubrimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. Es un movimiento que hunde sus raíces en tiempos pretéritos, con fermentos varios, y que, en particular, en las sociedades occidentales surgidas de la segunda gran guerra, puede apreciarse en toda la parte sólida y noble de la elaboración jurídica, legislativa y doctrinal.

Creo bueno señalarlo, a fin de no perpetuar equívocos, y poner en su sitio a un legislador ufano y a algunos corifeos doctrinales.

---

desde hace mucho tiempo, se dieron con sinceridad y esfuerzo, a mejorar el trato jurídico dispensado a todas las personas con discapacidad. A conclusiones análogas llega BERCOVITZ, op.cit, p.37, tras su encomiable análisis de los razonamientos de numerosas sentencias del TS, a la luz de las circunstancias concretas que concurrían en cada caso.

[12] Me refiero obviamente a la "tendencia a comenzar una actividad sin tener en cuenta los progresos que se hayan hecho anteriormente" y no a una específica herejía que parece irrumpió en el S.II d.C..

[13] Tras casi cuatro décadas en la Universidad española tengo la percepción de que su aportación a lo que es el Derecho civil de verdad, entendido como *ars* o saber específico, ha ido declinando de manera clara. No es la primera vez que ello ha ocurrido en la Historia reciente. Recuérdense aquellas Universidades, aún en su mayor parte bajo patronato eclesial, de la primera mitad del S.XVIII, en las que se seguía cultivando, ajenas a las nuevas realidades que estaban eclosionando, el *ius civile* y el Derecho canónico del viejo *ius commune*. O aquellas del S.XIX, convertidas durante largos periodos, en un erial -salvo contadas y honrosas excepciones-, una vez caídas bajo el control del Estado netamente afrancesado y exangüe de fondos e iniciativas, y a cuya nueva clase política caciquil dominante proporcionaba, en su caso, sinecuras y canonjías. Esto que indico no es crisis del Derecho civil -es bueno precisarlo-; es sólo crisis de la aportación al Derecho civil de verdad, esto es, ése entendido como *ars* o saber, que hoy viene a elaborar el escalafón de los funcionarios universitarios (con todas las salvedades que sea menester hacer).

Desde hace décadas son notables los esfuerzos jurídicos para ir redescubriendo o reconstruyendo un Derecho civil en el que el individuo no sólo aparezca como una mera circunstancia de la aplicación de las normas, ni como un mero centro de intereses definibles sólo económica o materialmente, protagonista sólo del trasvase de bienes y riqueza, ni tampoco sólo como padre o pariente, o como vecino catalán o andaluz, o ciudadano del moderno Estado social constitucional, o -peor aún- como proletario o burgués, o como un mero número de las nuevas segmentaciones sociales de mujer y hombre, mujer maltratada, LGTBI, correligionarios, personas blancas y de color, etc., sino también, y, antes que eso, y esencialmente, como un portador de aspiraciones y querencias de orden psicológico y espiritual, que no borran por supuesto sus obvios anhelos patrimoniales y relacionales, y que han de poder recibir amparo jurídico[14]. Con esta *forma mentis*, se intenta reconstruir el llamado "Derecho de la persona" para conseguir que, en palabras de DE CASTRO, se eleve a exposición del marco general de las facultades, derechos, deberes y poderes jurídicos de toda persona, y de su coesencial responsabilidad, todo ello, por supuesto, en el interior de una comunidad jurídica dada[15].

En ese surco creo que se insertó, con sus numerosas fallas, la Constitución de 1978 y ha tenido ya, entre nosotros, numerosas manifestaciones legislativas, entre las que destaca, según se dijo, la reforma de 1983.

Visión que entronca con el conocido fragmento de Hermogeniano (D.1,5,2: "*cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit*") y que busca superar tantas elaboraciones jurídicas en las que la persona acaba quedando engullida por el Estado, la Nación, las clases en lucha por la apropiación de la plusvalía, la sangre y la raza o la "pureza" científica-sistemática.

Desde esta óptica, en la que, indudablemente, se inserta la ley 8/2021, queda hoy mucho más claro, a mi juicio, que los problemas suscitados por el influjo en la capacidad de obrar de las distintas discapacidades ha de estudiarse en la parte institucional dedicada al Derecho de la persona y no en el interior del Derecho de familia (por más que las medidas de apoyo sean prestadas normalmente por parientes) ni en la Parte General. En ella deben prevalecer los valores y principios conexos a la persona, y no las consideraciones del tráfico, que son las que, en cambio, acaban primando en un estudio desde la llamada "Parte general"[16].

Asimismo, este enfoque hace ganar terreno a la comprensión de una discapacidad que afecte a una persona como una **situación natural**, a la que el Derecho anuda unos efectos, entre los que puede estar un pronunciamiento sobre su capacidad de obrar -sobre el grado en que, en concreto,

---

[14] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El Derecho civil a finales del siglo XX*, Madrid, 1991, nt. 140, que se apoya en GALASSO, "Il diritto privato nella prospettiva postmoderna", *Riv.dir.civ*, 1980-1, p.18.

[15] *Derecho civil de España*, reimpresión, Madrid, 1984, p.135. En su visión, sería precisamente ese Derecho de la persona redescubierto el que habría de sustituir a la tradicional Parte general de corte pandectista, abstracta y formalista, en la que la persona humana queda equiparada a cualquier otro ingrediente de una relación jurídica, en par intercambiable con la persona jurídica u otras entidades con subjetividad, y con los bienes jurídicos. A mí me persuade este enfoque del egregio maestro sevillano y no en absoluto el de quienes, de nuevo, revisitan posiciones muy antiguas y sostienen que el legislador civil sólo debería ocuparse de los problemas que plantea una persona con dificultades de autogobierno *en el mercado* (por todos, CARRASCO *El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*, Madrid, 1988, p.92 y "Diógenes en el basurero [de la reforma civil de la discapacidad]", Actualidad Jurídica Aranzadi, núm.978/2021).

[16] Sin perjuicio, claro está, de la gran relevancia del estudio de la incidencia que los problemas del autogobierno tienen en numerosísimos planos del "mercado" o en el ejercicio de la libertad de decisión *mortis causa* (*testamenti factio* activa, contratos sucesorios y donaciones *mortis causa)*.

la puede ostentar-, y no un estado civil en sentido estricto[17]. El mecanismo tuitivo que opere o se instaure será sólo un *posterius*, dependiente, en su fisonomía y funcionamiento, del tipo de discapacidad que se hubiera acreditado.

5.- Es llamativo que la Exposición de Motivos afirme que la ley no acomete "*un mero cambio de terminología*". La realidad, sin embargo, viene a indicarnos que un número no pequeño de las modificaciones introducidas son sólo eso. *¿Excusatio non petita…?*

Es conocida la gran batalla político-cultural que hoy se traba en torno a los meros términos (técnicos o, incluso, los del lenguaje usual), y puede tenerse presente cómo la propia Exposición de Motivos confiesa que uno de sus objetivos es "*conformar la mentalidad social*".

Son fenómenos tampoco privativos del presente (aunque sin duda estén hoy hipertrofiados). Desde siempre se ha perorado sobre la función educadora del Derecho, sobre la *vis directiva* de las normas jurídicas, con mayores o menores tonos líricos. Ni siquiera es novedad que el legislador exhale conspicuamente el deseo de transmitir que no ceja en su esfuerzo continuo de progresar y de obsequiarnos con mejoras de todo tipo[18]. Lo que acaso merezca reflexión detenida es que el acentuamiento de esta actitud intelectual del legislador y sus corifeos, que alcanza a menudo a incursiones imperativas en terrenos meramente lingüísticos, suele en la Historia ser propio de estructuras políticas con resabios autoritarios -es la fábula del "*newspeak*" orwelliano- o que, incapaces de reformas profundas, maquillan su estancamiento real con cambios primordialmente cosméticos.

En esta onda, puede también llamarse la atención sobre la proliferación, en esta Ley 8/2021, de 2 de junio, de supuestos preceptos, cuya sustancia real viene a ser parangonable a la de los conocidos ejemplos de constituirse España en una república de trabajadores de toda clase (art.1 CE/1931), o de que los españoles han de ser buenos y benéficos (CE de 1812). Un caso pintiparado puede ser el nuevo art.249 C.c. Es decir, enunciados legales con contenido normativo o jurídico más que dudoso, aunque de ampulosa y enfática dicción[19].

---

[17] La visión que gana terreno fue ya dibujada, en nuestra doctrina, por GORDILLO_CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986, y RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995.

[18] Me resulta muy llamativo que un autor muy atento a todas las novedades legislativas, como DELGADO ECHEVARRIA, nos diga que hoy sobresalen las que él denomina "leyes instrumentales" que, en su opinión, son loables, aunque no se apliquen, ni produzcan consecuencias técnicas, pues sirven para conformar la opinión social (en "Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte", en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la APDC, Murcia, 2006, p.86).
Véase OPOCHER, voz "Totalitarismo" EdD, XLIV, Varese, 1992, p.765 y ss, cuando trata de la necesidad que parecen sentir los nuevos poderes políticos, de transmitir continuamente a la ciudadanía el objetivo primordial de lograr hondas "transformaciones" de la "mentalidad social" y la preocupación sobresaliente por incidir en y controlar la llamada "opinión pública". Va de la mano con un legislador que se autopresenta, cada vez más, asumiendo tareas educadoras y transformadoras de la conciencia y convicciones de los miembros de la sociedad. Por todos, con una vibrante *laudatio* de este Estado, gran padre de todos, VALPUESTA "Diversidad y ciudadanía: una aproximación desde el pensamiento feminista", ADC, 2010, pp.1053 y ss.

[19] Llama la atención el esfuerzo que habrá que hacer ahora para aludir a las personas que tradicionalmente se entendían con su capacidad de obrar modalizada (ahora: "personas que necesitan medidas de apoyo" o "personas que versan en situación de discapacidad"). Queda vetado, al parecer, incluso hablar de "personas con discapacidad", por arcanas razones que apelan quizá a la intervención de filólogos (véase el cambio terminológico introducido en el art.1041 *in fine* C.c).

6.- La reforma, aparte el confesado deseo de conformar de una determinada manera la "mentalidad social", viene aureolada de un lenguaje buenista con el que parecería llegar a afirmar que, a partir de junio de 2021, ya no quedarán en España personas con ninguna restricción en lo que tradicionalmente se ha entendido por "capacidad de obrar", es decir, en la aptitud para ejercer eficazmente derechos e intereses legítimos[20].

Esto es también simple y llanamente mentira. El legislador, y sus portavoces oficiales y oficiosos, fundamentan su mantra deformando, de una manera que no puede considerarse excusable, la tradicional distinción entre capacidad jurídica y de obrar, para, así, poder afirmar que por fin hemos llegado al Mediterráneo de que toda persona ha de tener capacidad jurídica reconocida por el ordenamiento. Pero es que esto es principio normativo inconcuso desde hace muchas décadas.

La verdad es que, por muy eufónicos que sean los términos del legislador, y por extendida y facilitada que sea la interrupción voluntaria de un embarazo ante cualquier sospecha de posible anomalía que padecerá la *spes ventris*, la naturaleza de manera tozuda nos hace constatar que nacen personas con discapacidades varias y que nacen muchas otras que las desarrollarán durante su vida. Y con la misma tozudez, la naturaleza mostrará que muchas de esas discapacidades son profundísimas, crónicas e irreversibles, determinando en muchísimas ocasiones que no haya ni siquiera posibilidad en la persona afecta de expresar deseos, preferencias o voluntades de tipo alguno. Personas que, por supuesto, son titulares de dignidad humana y que tienen derechos fundamentales (como así eran consideradas -interesa reiterarlo- ya antes de esta reforma), pero que, por mucho que grite el legislador y claque afecta, no pueden ejercitar sus derechos de manera eficaz del mismo modo que el resto de personas (es decir, van a tener *modalizada su capacidad de obrar*).

Para un progenitor de un hijo afecto de una grave discapacidad profunda e irreversible la ley puede sonar a música celestial, pero no cambiará por desgracia ni uno sólo de los sinsabores, problemas y tribulaciones que en la vida cotidiana ello comportará.

Aun cuando en la ley 8/2021, de 2 de junio la función tuitiva acompañada de facultades representativas se presente como una modalidad residual de apoyo, excepcional, casi como si fuera una institución odiosa, la realidad se impondrá -repito: con tozudez- y muchísimas personas con discapacidad habrán de quedar sujetas a medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena[21]. En todos esos casos, seguirá siendo clave, pues, el cotejo o "bastanteo" de facultades, fundamentalmente en sede notarial y registral, con mucha mayor delicadeza a partir de ahora, al haber soslayado el legislador, con carácter general, cualquier tipo de control o intervención judicial imperativa y, adicionalmente, aun en los casos en que lleguen los asuntos a cognición judicial, al haber renunciado a proporcionar unos esquemas mínimos para la función representativa tuitiva, con todas las modificaciones o adaptaciones que en cada caso la prudencia judicial pudiera aportar[22].

---

[20] De hecho, una breve reseña del tratamiento periodístico de la reforma muestra que a la opinión pública se ha transmitido la idea de que España es el primer país del mundo en que ya no hay personas discapacitadas o incapacitadas. Nos habríamos puesto en la vanguardia jurídica "planetaria" gracias a esta ley.

[21] Lo subraya, con exactitud, BERCOVITZ, op.cit, p.38.

[22] Aunque suponemos que, en la praxis, por vía de modelos y en su caso circulares, pronto se emplearán esquemas básicos que mitiguen los problemas del casuismo y de la excesiva laxitud conferida a los órganos judiciales y -previamente- a la autonomía privada.

7.- Puntos que suscitan a botepronto muy serias dudas en cuanto a la bondad técnico-jurídica de la reforma, pueden ser reseñados de forma breve. A mero título de ejemplo:

a) De la Exposición de Motivos de la ley 8/2021 se infiere una especie de desprecio hacia lo que sería la declaración judicial de la situación de discapacitado, en lo que, a mi juicio, puede contenerse un gravísimo error para la práctica. Es la historia, y no lejana, la que muestra que dejar lo jurídicamente relevante relativo a una persona con discapacidad a la autogestión de la propia persona o a la gestión *de facto* de aquellos que le son cercanos o, en su caso, el asignarlo a meros procedimientos administrativos o de jurisdicción voluntaria facilita grandes confabulaciones y ultrajes a la dignidad de la persona que, no por ser casos aislados, duelen menos. Todos conocemos supuestos de personas dificultades de autogobierno, con patrimonios conspicuos, en torno a las cuales se desata la codicia por gestionar sus bienes, para lo que ahora se reabre de nuevo una espita de menos dificultad para la consecución de posibles objetivos espurios[23].

A mi juicio, puede haber sido temerario reabrir capítulos de crónica negra de nuestro país[24], que fueron combatidos por el régimen legal instaurado en 1983, con una intervención principal del Ministerio Fiscal, que honraba su diseño como magistratura de amparo[25] y un procedimiento judicial contencioso, con plena posibilidad de alegación y prueba, y con acusados rasgos inquisitivos en busca de la "verdad material".

Queda eufónico que el legislador haya prohibido hablar de personas "incapacitadas" y que se haya propuesto conseguir tal cambio jurídico-cultural eliminando las resoluciones judiciales que decretaran privaciones de derechos de cualquier persona afecta de discapacidad, pero, aparte la sustancial inanidad de lo anterior (pues lo inevitable será tener que constituir curatelas representativas en infinidad de casos, lo cual -se desee expresarlo así, o no- supone modalización de la capacidad de obrar de las personas, ahora como antes), la realidad es que quedan expeditos, de nuevo, oscuros episodios de meras *incapacitaciones de facto*, envueltos en enredos y maniobras de parientes y/o cuidadores y/o asesores jurídicos de diferente índole.

b) La elevación de la "guarda de hecho" a una institución jurídica de apoyo con sustantividad *a se*, si bien se entiende su benemérita finalidad, puede igualmente convertirse en una malla, con

---

[23] Quien esto escribe ya ha constatado, con preocupación, una "fiebre" en ciertos despachos de abogados por preparar modelos de escrituras de poderes preventivos, repletos de cautelas (con facultad de sustitución plena o facultad omnímoda de delegación de facultades conferidas al apoderado preventivo, prohibición de controles o intervenciones judiciales, dispensa de situaciones de conflicto de interés, exoneración de toda rendición de cuentas, blindaje ante albaceas o herederos, etc.) para los que, desgraciadamente, rara vez faltará el fedatario que autorice.

Ya también he comenzado a comprobar el nuevo movimiento para llevar a personas verdaderamente no en su cabal juicio, a, por ejemplo, otorgar testamentos a diferentes notarías para, apoyados por personas de su entorno que nunca faltan, traducir en "disposiciones de última voluntad" sus supuestos deseos. Temo que en cada localidad se irán definiendo Notarios "afables" para tales fines y entidades con los "mejores" expertos para traducir jurídicamente los deseos y voluntades. Siento decirlo.

Igualmente, he comprobado actitudes de desistimiento en miembros del Ministerio Fiscal, que, abrumados de trabajo, se remiten con frecuencia a la primacía de las voluntades de la persona con discapacidad y al papel primario de la guarda de hecho.

[24] Internamientos gubernativos por razones psiquiátricas, como se previó en el Decreto de 3 de julio de 1931.

[25] Y que, como ya he indicado, si fallaba en ocasiones, era, principalmente, por el estado de postración general que aflige a la Administración de justicia. El muy encomiable papel que ha jugado tradicionalmente el Ministerio fiscal en estos terrenos es subrayado también por BERCOVITZ, op.cit, p.38.

retícula demasiado ancha, por donde se puedan producir graves disfunciones en la práctica. Pienso, como mero ejemplo, en esos juzgados de primera instancia de perfil rural, sin Ministerio fiscal en su sede, y en los que las rendiciones de cuentas y las autorizaciones judiciales preventivas van a quedar a menudo en meros renglones de los manuales universitarios de Derecho civil.

Asimismo, intuyo que, para los fedatarios, el verificar una situación de guarda de hecho puede llegar a ser un punto que, sin la debida constancia documentada judicial, se convierta en dantesco[26].

Si bien, estadísticamente, la mayoría de los supuestos de personas con discapacidad funcionarán bien con meras guardas de hecho, el Derecho no puede cerrar los ojos ante los casos no por infrecuentes menos dolorosos[27]. Y cuando los guardadores de hecho no sean probos, quedan hoy muchas menos armas jurídicas para poder reaccionar adecuada y/o tempestivamente.

Cunde, al analizarse estos puntos *a* y *b*, la sospecha de si acaso la *ratio* de buena parte de las modificaciones legales no haya sido tanto el honrar supuestos postulados dimanados de la dignidad humana, cuanto el conseguir un alivio apreciable en la acumulación de asuntos, para la Administración de justicia y del Ministerio Fiscal, con lo que, pese a la aureola de lenguaje buenista, estaríamos ante una sustancial denegación de servicio público (y de un servicio público de trascendencia incancelable).

c) Asimismo, suscita comentarios análogos el que el legislador haya ordenado de manera imperativa que toda intervención judicial en este terreno deba iniciarse en un expediente de jurisdicción voluntaria.

En materias tan delicadas como ésta, me merece juicio negativo el que los particulares hayan de sucumbir a secuencias procesales imperativas que bien pueden considerarse lesivas al derecho a la tutela judicial efectiva[28]. Puesto que hay casos, aunque el legislador quiera cerrar los ojos ante ellos, en los que, desde el principio, por la gravedad de las circunstancias (abusos, conflictos de intereses, enconos entre parientes o guardadores de hecho, captaciones de voluntad desde la escritura de autoprovisión de medidas de apoyo, etc.) puede saberse que el expediente de jurisdicción voluntaria es un cauce inadecuado. De nuevo, vuelve a sospecharse que la *ratio* de

[26] No creo, sinceramente, que pueda o deba autorizarse un acta de notoriedad en relación con una guarda de hecho o, cuanto menos, me parece un extremo erizado de problemas. En general, tengo el temor de que a los fedatarios públicos se les imponen con esta Ley unas cargas gravosísimas, por su delicadeza y no estará quizá de más que en las pólizas corporativas de responsabilidad civil se revisaran las condiciones generales para una lógica adaptación a riesgos que van a emerger (expone valoraciones análogas BERCOVITZ, op.cit, pp.69-70). Posiblemente, habrán de asumir la conveniencia de levantar una serie de actas en relación con los modos concretos en que han emitido el juicio de suficiencia de capacidad y, en su caso, en relación con el empleo de los medios de apoyo y auxilio de la persona con discapacidad o, como alternativa a lo anterior, a desarrollar con puntillosidad, en la propia escritura o acta principal autorizada, cómo se ha efectuado el juicio de capacidad y el proceso de apoyo. No veo lejos el día en que haya Notarios que levanten acta de grabación videográfica de una testamentifacción, por ejemplo, porque los pleitos sobre tal punto van a multiplicarse. En cualquier caso, intuyo -y espero- que, pese al "mundo feliz" dibujado por la Exposición de motivos, la gran mayoría de los fedatarios seguirán negando, razonadamente, su autorización cuando alberguen dudas sobre si realmente la persona con discapacidad esté comprendiendo la trascendencia, el sentido y el alcance del acto respecto del que se les ha pedido la dación de fe.

[27] De hecho, es que muchas veces ha de pensar primordialmente en ellos. Como un abogado viejo me indicó, con ironía no exenta de lucidez, si todo el mundo fuera bueno, no haría falta estudiar Derecho: "las buenas personas no suelen tener ningún pleito en toda su vida" -recordaba constantemente-.

[28] Y que, aunque es el aspecto de menos importancia, suponen ya incrementos de costes y dilaciones.

esta medida haya sido sólo buscar alivio para la carga de trabajo de los Juzgados y de las oficinas de la fiscalía[29].

d) La afirmación de la Exposición de Motivos de que "*las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas*", si bien no es incierta, llama la atención en lugar tan importante de una Ley. Podría habérsela ahorrado el legislador, sin que a ningún juez, ni fiscal, ni médico forense se le olvidara esa realidad. Y es que el inciso proporciona blanco para una crítica sobre si estamos ante una Ley que, aparte su deseo confesado de "conformar las mentalidades sociales", busca erosionar el papel de la patria potestad y las funciones paternas, para contento de algunas de las múltiples asociaciones, fundaciones y entidades, privadas, públicas y parapúblicas, que medran hoy -así hay que constatarlo- en el área de la asistencia a personas con discapacidad[30].

e) El alcance retroactivo tan enérgico con que la ley ha entrado en vigor suscita también algunas dudas técnicas. ¿Era necesario, por ejemplo, tras derogarse la sustitución ejemplar, conferir a esa derogación alcance retroactivo, con quizá innecesaria violencia para testamentos autorizados y otorgados con plena adecuación al ordenamiento vigente en su momento, y animados por las más irreprochables finalidades?

¿Era necesario causar el pequeño terremoto que se va a producir en todas las tutelas o patrias potestades rehabilitadas o prorrogadas que operan en nuestro país de manera impecable?

La retroactividad (en su caso, si se emplea su presentación decimonónica, en grado "medio" y "máximo") suele entenderse bien en leyes que buscan extirpar situaciones de abuso o contrarias a la dignidad de la persona. Pero por más que se adorne acomodaticiamente el legislador afirmando estar hollando ese registro "emancipador", no era ésa la realidad española, conforme ya se ha indicado. La ley ha venido, más allá de palabras grandilocuentes, a introducir modificaciones de mera índole técnica, en absoluto conexas a tratos denigrantes para la persona, y perfectamente podía haber tenido una mínima prudencia en cuanto a su eficacia retroactiva.

f) El cambio sistemático de "*persona incapacitada*" por el de "*persona que precisa medidas de apoyo*" encierra otro buen número de problemas, propios de las cláusulas generales, para una materia delicadísima como es ésta, y máxime en tiempos, como los presentes, en que no brillan por su ausencia técnicas y métodos sofisticados de conformación de la opinión pública. Sin duda, la fórmula legal abierta comporta algunas ventajas: poder abordar problemas objetivos que, de forma científica, no entran en el cuadro tradicional de la demencia (toxicomanías; ludopatías; trastornos alimentarios graves, psicopatías en conexión con redes sociales, *fashion-victims*, etc.). Pero depara riesgos graves: queda un arbitrio excesivo para aquilatar qué se ha de entender por persona que precisa medidas de apoyo, máxime con cauces muy holgados de autoprovisión y/o

---

[29] Al menos, no se ha sucumbido a la tentación de deferir la resolución de estos problemas a "mediadores" especializados, o a los Notarios, o a las llamadas "entidades del tercer sector de acción social" o a las dependencias administrativas de las distintas comunidades autónomas competentes en materias sociales.

[30] Como se dirá, aquí puede detectarse uno de los *lobbies* que con más eficacia ha propugnado la presente reforma. En lugar tan remoto como el art.1041 C.c. también se han introducido algunos retoques que parecen recortar el tradicional alcance de las obligaciones que se anudaban a la mera paternidad (me refiero a la supresión, como concepto no colacionable, de proporcionar a los hijos el equipo ordinario para su emancipación personal y económica y al recorte, en cuanto a conceptos no colacionables, en gastos efectuados por atenciones dadas a un hijo con discapacidad). Añádase la derogación, como institución odiosa y abusiva, de la sustitución ejemplar y la pulverización de la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Un apunte al respecto en BERCOVITZ, op.cit, pp.66-67.

de tránsito por vías de mera jurisdicción voluntaria. Riesgos que hacen enarcar aún más las cejas si se repara en cómo fueron empleadas, en algunos ordenamientos con pulsiones totalitarias, diferentes cláusulas generales en esta materia[31].

De forma colateral, me parece discutible la equiparación, bajo la mencionada cláusula general, de personas que tienen problemas de autogobierno con aquellas que sencillamente pueden precisar ayuda para expresar su libre voluntad en actos concretos (ciego, sordo, en su caso, entendidos en términos funcionales, etc.). Tengo el temor que, de manera ingenua, se hayan mezclado churras con merinas, en un extremo que siempre cuidadosamente separaron todos los legisladores históricos. A mi juicio, aun en contra de los pronunciamientos de la ley, la praxis deberá seguir enfocando esta materia desde la óptica estricta de las circunstancias que *inciden en el autogobierno personal libre de manera estable o duradera.*

g) Llega a otro extremo sumamente delicado el legislador al enunciar el art.249 C.c que, cuando haya un curador con funciones de representación, el ejercicio de tales funciones deberá hacerse teniendo en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración (también art.269,III *in fine* C.c). Introduce el legislador, en la onda de la "emocionalización" de lo jurídico (otro signo de los tiempos actuales), un módulo jurídico meramente especulativo, de muy difícil operatividad práctica y que acaso puede enturbiar la resolución judicial de no pocos asuntos.

h) La relación con el principio de seguridad jurídica en esta ley es poco razonable. A mi juicio, peca claramente por defecto al deferir a la autonomía privada por completo la autoprovisión de medidas de apoyo, como lo hace al dar un rango indebidamente primario a una mera guarda de hecho, remitiendo a los distintos Notarios el espinosísimo y crucial problema de cómo abordar cada caso concreto, y al omitir principios orientativos sobre cómo enfocar las resoluciones judiciales en esta materia, llevando la idea del "traje a medida" a extremos de la más absoluta indefinición[32]. Y temores análogos sobrevienen en cuanto a la publicidad sobre los extremos de que trata la ley, que en absoluto queda claro que pueda quedar al alcance ni siquiera de Notarios y registradores[33].

De manera análoga, en mi opinión sigue quedando envuelto en brumas el régimen jurídico a aplicar en actos relativos a personas con discapacidad que atengan a su esfera estrictamente personal y que no se hayan ajustado a los principios legales sobre las medidas de apoyo o en los que se haya producido abuso o claro conflicto de interés[34].

---

[31] Con la ley vigente en la mano, nada técnicamente podría impedir que en un futuro se entendieran como personas precisadas de medidas de apoyo el inadaptado social, el retrógrado o reaccionario, el muy devoto o pío, el negador del cambio climático o de la perspectiva de género, el morfinómano, el misógino, misántropo u homófobo, el nihilista, el improductivo, el amante de los toros o de la caza, el que vive sin televisión ni radio, los padres que deseen educar a sus hijos en casa, el simpatizante de grupos terroristas, etc.

[32] En relación con esto último, ya se ha indicado que a buen seguro la praxis pronto paliará el problema con modelos y formularios, incluso dispensados desde las oficinas de la fiscalía y que serán empleados por la casi totalidad de los jueces y magistrados.

[33] Ya he visto, por ejemplo, casos en que, con apelación a tales principios, los fedatarios niegan a los propios hijos de los afectados copias simples de determinadas escrituras de autocuratela o de poderes preventivos o de escrituras en las que han intervenido guardadores de hecho. Lo cual me parece un dislate y una grave dificultad para el buen funcionamiento práctico de esta materia.

[34] El elenco de actos es amplísimo: cambios en nacionalidad o vecindad civil, afiliaciones a asociaciones o partidos políticos, ejercicio de acciones de separación o divorcio, adopciones, actos o contratos en que estén en juego

Y en otros lugares la ley parece pecar por exceso. Así, de manera muy discutible, el nuevo art.10.8 C.c. establece que en los contratos celebrados entre personas que se encuentren en España, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley española sólo podrán invocar su discapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal discapacidad o la hubiere ignorado en virtud de negligencia por su parte[35].

Y otro tanto puede decirse de la nueva previsión que se ha introducido en el art.1304 C.c, que restringe la operatividad de un clásico principio de protección para la persona con discapacidad a los casos en que la contraparte fuera conocedora, en el momento de la contratación, de la existencia de medidas de apoyo que no han sido observadas, o que se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo con ello una ventaja injusta[36].

i) El cambio que se ha introducido en cuanto a los criterios conflictuales en lo relativo a personas con discapacidad (cambio del estatuto personal por el de la ley aplicable por la residencia habitual) parece, o poco meditado, o demasiado alegremente impuesto.

Indudable me resulta que hay un actual declive del llamado "estatuto personal", en consonancia con la pérdida de importancia de la noción de Estado nacional, pero no sé si el legislador ha valorado adecuadamente que en nuestro país, la cuestión no sólo es de Derecho internacional privado, sino también de Derecho interregional, lo que puede ser una fuente importante de problemas (máxime con una organización actual de la acción administrativa en este terreno muy fragmentada en distintas Comunidades Autónomas que, a menudo, no tienen procedimientos de comunicación o cooperación entre sí y con una reforma que, en lo que se refiere a las materias tradicionalmente adscritas al Derecho civil, se dicta al amparo de lo prevenido por el art.149,1,8ª CE, por lo que, como tal, no afecta a las distintas normativas territoriales sobre las personas con discapacidad diferentes de la contenida en el Código civil).

Me sobrevienen, por ejemplo, hondas perplejidades sobre cómo aplicar la normativa foral aragonesa sobre incapacidad de obrar a través de meros cauces de jurisdicción voluntaria, que la presente ley ha configurado como imperativos para todo el territorio nacional.

8.- Hay que tener en cuenta que, según la Disp. Ad. 4ª de la Ley 8/2021, de 2 de junio, la discapacidad aludida en los arts.96, 756,7, 782, 808, 822 y 1041 C.c se entenderá como la regulada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre; y lo relativo a la definición de las personas en situación de dependencia de grado II o III, se regirá por lo establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Con ello, es de apreciar una importantísima "administrativización" de esta materia, rompiendo el dogma tradicional, desde 1983 al menos, de que, en todos los efectos jurídico-privados, el

prestaciones personales, o extremos atinentes a honor, intimidad y propia imagen, por ejemplo. Véanse algunas perplejidades, fundadísimas, que en materia de nacionalidad y vecindad civil expone BERCOVTIZ, op.cit, pp.54 y 55.

[35] Se mire como se mire, esta norma reduce la protección a personas que pueden tener discapacidad, por mera seguridad del tráfico. No entro en implicaciones, cuanto menos extrañas, que esto tiene en términos de Derecho internacional privado.

[36] Con lo que reaparecen, de golpe, los infinitos enredos que en tiempos históricos generaba el principio *malitia supplet aetatem*. Más consideraciones críticas sobre este aspecto en BERCOVITZ, op.cit, p.57.

estatuto de una persona con discapacidad requería de resolución judicial firme dictada tras seguirse un procedimiento contencioso, con plenitud de alegación y prueba.

Evidentemente, quedan secundados fenómenos propios del Derecho moderno, con un crecimiento espectacular del protagonismo y funciones de las distintas Administraciones públicas (con particular impulso desde los nuevos Leviatanes supranacionales, del tipo Unión Europea). Un civilista, ya viejo, no puede ver sino con preocupación este derrotero.

9.- Por otra parte, la Ley 8/2021, de 2 de junio queda promulgada con una evidente etiología de favorecer a las llamadas "entidades del tercer sector de acción social", colaboradoras con la Administración de justicia, conforme a la ley 43/2015, de 9 de octubre.

Es un fenómeno apreciable, creo que, con carácter general, la proliferación de asociaciones y fundaciones especializadas en el desempeño de funciones tuitivas o medidas de apoyo, fundamentalmente en conexión con los ámbitos judiciales y administrativos.

No hay en las mismas estatutariamente ánimo de lucro, aunque el mismo suele embozarse en sueldos holgados que los empleados, directivos y patronos perciben, así como en ciertas posiciones de privilegio (tributación, beneficios vinculados al reconocimiento de asociaciones de utilidad pública, subvenciones y asignaciones jurídico-públicas de variada índole, etc.)[37].

Es evidente que en este segmento tenemos uno de los *lobbies* que ha contribuido a la promulgación de la presente reforma. Como ahora lo sigue haciendo con la organización y financiación de una conspicua red operativa de divulgación y propaganda.

No se precisan más comentarios en esta sede, remitiendo a los especialistas de teoría política, sociología y economía.

En un plano estrictamente técnico, que de estas entidades puedan salir, *more solito*, los "acompañantes informales" o "facilitadores" (véase Exposición de Motivos y art. 7.*bis*.2 letras *c)* y *d)* LEC) que sirvan de auxilio y ayuden a "traducir" en palabras inteligibles los deseos y preferencias de las personas con discapacidad, no puede por menos que causar una cierta sensación de desagrado o/y de temor[38].

[37] En particular, he presenciado ya personalmente el caso (no aislado) de algunos abogados que han cerrado su despacho, para pasar a ser abogados empleados de Fundaciones o asociaciones de este tipo, con remuneraciones holgadas y abundante trato asiduo con los distintos Juzgados de la ciudad. Alguno ha llegado a ser nombrado patrono.

[38] Para el ámbito *mortis causa* en particular, será clave, desgraciadamente, extremar la buena aplicación del nuevo art.753 C.c. Téngase presente lo ya advertido sobre la posible aparición de Notarios "afables" para estas materias y de entidades especializadas "muy profesionales".

10.- En suma, junto a intenciones loables y a un lenguaje legal inflamado, incuestionablemente grato a los oídos, uno tiene la sospecha de si acaso pertenezca, más bien, esta Ley 8/2021, de 2 de junio a ésa que puede considerarse "*legislación de telediario*", es decir, una primordialmente pensada para que los gabinetes de prensa del poder ejecutivo remitan eslóganes y argumentarios a los medios de comunicación social para su conveniente difusión.

Ello parece ser un signo del momento presente[39], conexo al objetivo político primario que deviene el aparentar que se avanza, que "se hace", que se secunda el anhelo del progreso, y con el que deviene clave, como la propia Exposición de motivos confiesa, la "conformación de la opinión social". En un segundo plano parece haber quedado en esta Ley una reflexión profunda que parta de las realidades concretas que se dan en la praxis, de cómo se gestan de verdad las distintas actas y escrituras notariales y de cómo han de operar fedatarios y registradores en su realidad cotidiana[40].

Son acaso rasgos clínicos de esas sociedades que se han venido en denominar "líquidas" o con predominio en sus dirigentes políticos e intelectuales de pulsiones y confusiones propias de un espíritu "líquido"[41].

No puedo congratularme de que la retórica de la Exposición de motivos se complazca en la deformación de lo que era el pensamiento jurídico tradicional. Y temo que la reforma deja abiertos anchos portillos para fraudes, abusos y desmanes, y genera en no pocas ocasiones graves problemas de seguridad jurídica, que van a ser tormento de muchos Notarios pulcros[42].

Por otra parte ha maquillado el legislador, bajo palabras falaces, lo que en sustancia en ocasiones puede llegar a ser una limitación importante al derecho a la tutela judicial efectiva y a las funciones de amparo que han sido hasta el presente santo y seña del Ministerio fiscal y, en otras ocasiones, ha perpetrado graves recortes, por la mera seguridad del tráfico y del mercado, a tradicionales principios que, desde hace siglos, estaban enunciados para protección de personas con discapacidad.

---

[39] Rozamos un punto nodal de la sociología política contemporánea. Atiene a un modo de impulso y elaboración de leyes en pos de asuntos puestos de actualidad por los medios de comunicación social, o de actuaciones de grupos de presión, más o menos interesados, informes de observatorios, oficiales u oficiosos y estrategias de propaganda política. Es un *topos* devenido ya clásico, en el que puedo remitir a los especialistas.

[40] A esta luz, queda mejor explicado que la reforma no se haya preocupado por resolver, aclarando, numerosos puntos oscuros en la interpretación y aplicación de las normas que estaban muy identificados en la praxis anterior o que sea pródiga en lagunas, contradicciones (algunas supinas), formulaciones carentes de sentido técnico o cambios técnicos que parecen no suficientemente meditados (véase un amplio catálogo en BERCOVITZ, op.cit, pp.56, 57, 64, 65 y 70). Este autor también destaca -y parece poder adscribirse en sustancia a lo mismo- el no reparar en los costes, de tiempo y esfuerzo, que supone la adecuación a la nueva fraseología legal, ni los que comportan cambios en la numeración secular de preceptos del Código civil, cuyo contenido sustantivo queda inalterado (pienso, por ejemplo, en los problemas para las búsquedas a través de bases de datos).

[41] Véase una vívida descripción en GARCÍA RUBIO, "Sociedad líquida y codificación", ADC, 2016, pp.743 y ss.

[42] Un buen catálogo de incongruencias y perplejidades, para lo relativo al ámbito contractual, puede verse en CARRASCO, "Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad, sus guardadores y curadores", publicaciones jurídicas del Centro de estudios de consumo, junio 2021, pp.1 y ss, consultado en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php?start=136.

En algunos puntos, la esperanza ha de ser puesta en el buen sentido de los operadores del tráfico, acaso superior, por término medio, pese a los clichés que a veces se manejan, que el que hoy viene exhibiendo el novísimo legislador y numerosos comentaristas.

InDret
3.2022

Miriam Anderson
Universitat de Barcelona

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (febrer-maig de 2022)

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació d'11 i 29 de març, 11 i 13 d'abril i 18 de maig de 2022

Sumari

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació d'11 de març de 2022 (substitució preventiva de residu i dret de transmissió: nova doctrina), 29 de març de 2022 (drets d'adquisició preferent de l'Administració: tancament registral per manca de notificació de la transmissió projectada), 11 d'abril de 2022 (transmissions hereditàries d'habitatges de protecció oficial: l'obligació de notificar-les a l'Agència de l'Habitatge de Catalunya per part de l'adquirent), 13 d'abril de 2022 (crèdit garantit amb dret real d'anticresi i dret de desistiment del consumidor) i 18 de maig de 2022 (drets d'adquisició preferent a favor de l'Administració: immobles procedents d'execucions hipotecàries).

Abstract

Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation dated 11 March 2022 (preventive substitution over the residuary and ius *transmissionis; new doctrine), 29 March 2022 (rights of first refusal in favour of the Administration: notification of the intended transfer as a prerequisite for registration), 11 April 2022 (transfer of social dwellings upon death and the obligation to notify the Administration), 13 April 2022 (antichresis: consumer's right of withdrawal) and 18 May 2022 (rights of first refusal in favour of the Administration: transfer of immovables acquired through mortgage enforcement).*

Title: *Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation (March-May 2022)*

-

Paraules clau: Dret civil català, Registre de la Propietat, recursos governatius, efectes doctrinals, substitució preventiva de residu, dret de transmissió, drets d'adquisició preferent, àrees de tanteig i retracte, notificació, tancament registral, execucions hipotecàries, habitatges de protecció oficial, dret aplicable, dret d'anticresi, usdefruit de seguretat, usdefruit en garantia, consumidor, dret de desistiment, consentiment contractual.

Keywords: *Catalan private law, Land Registry, Land Registry complaints, academic decisions, preventive substitution of the residuary,* ius transmissionis, *rights of first refusal, notification of transfer, access to Land Registry, social housing, applicable law, mortgage enforcement, antichresis, usufructuary mortgage, consumer, right of withdrawal, contractual consent.*

Índex

1. Resolució d'11 de març de 2022 (JUS/702/2022; DOGC núm. 8630, de 21.3.2022). Substitució preventiva de residu i dret de transmissió: nova doctrina

1.1. Introducció

1.2. El dret aplicable

1.3. Una qüestió prèvia: la distinció entre fideïcomís de residu i substitució preventiva de residu

1.4. El moment de testar determina l'eficàcia de la substitució preventiva de residu

1.5. El dret de transmissió preval sobre la substitució vulgar i és compatible amb l'eficàcia de la substitució preventiva de residu

1.6. Un resultat patològic

2. Resolució de 29 de març de 2022 (JUS/906/2022; DOGC núm. 8642, de 6.4.2022). Drets d'adquisició preferent de l'Administració: tancament registral per manca de notificació de la transmissió projectada

2.1. Introducció

2.2. El recurs governatiu a efectes doctrinals

2.3. La qüestió lingüística

2.4. Els drets d'adquisició preferent de l'Administració en la venda d'edificis sencers amb habitatges arrendats

2.5. Les conclusions de la DGDEiM sobre els requisits de notificació en els drets d'adquisició preferent en el dret català

2.6. El tancament registral davant l'incompliment del requisit de la notificació en el cas de les àrees de tanteig i retracte regulades per la LU

3. Resolució d'11 d'abril de 2022 (JUS/1212/2022; DOGC núm. 8659, de 3.5.2022). Transmissions hereditàries d'habitatges de protecció oficial: l'obligació de notificar-les a l'Agència de l'Habitatge de Catalunya per part de l'adquirent

3.1. Introducció

3.2. El recurs a efectes doctrinals

3.3. L'obligació de notificar en les transmissions hereditàries

4. Resolució de 13 d'abril de 2022 (JUS/1211/2022; DOGC núm. 8658, de 2.5.2022). Crèdit garantit amb dret real d'anticresi i dret de desistiment del consumidor

4.1. Introducció

4.2. Dret real d'anticresi o usdefruit de seguretat?

4.3. Quina normativa de protecció de consumidors resulta aplicable a aquests productes de finançament de la dependència?

4.4. El dret de desistiment i el consentiment negocial

5. Resolució de 18 de maig de 2022 (JUS/1528/2022; DOGC núm. 8677, de 27.5.2022). Drets d'adquisició preferent de l'Administració: immobles procedents d'execucions hipotecàries

5.1. Introducció

5.2. Els drets d'adquisició de l'Administració en transmissions de finques procedents d'execucions hipotecàries: dret aplicable

6. Bibliografia citada

-

1. Resolució d'11 de març de 2022 (JUS/702/2022; DOGC núm. 8630, de 21.3.2022). Substitució preventiva de residu i dret de transmissió: nova doctrina*

1.1. Introducció

El mateix dia de 1986, dos cònjuges van atorgar testaments en què s'instituïen hereus l'un a l'altre, amb substitució vulgar -per al cas que l'hereu premorís o no pogués o no volgués succeir- i preventiva de residu de conformitat amb l'art. 216 de la Compilació (a partir d'ara, CDCC), a favor de les respectives mares i, en defecte d'elles, a favor dels nebots de cadascú.

Els cònjuges no tenien descendència i estaven casats en règim de guanys, però tenien veïnatge civil català, segons consta en els testaments.

L'esposa va morir vint-i-dos dies abans que el marit. Aquest darrer no va arribar a acceptar ni a repudiar l'herència.

Les nebodes del marit van atorgar escriptura de dissolució de la societat conjugal i de manifestació d'herències, en què van acceptar l'herència del seu oncle i, com a hereves d'aquest, també van acceptar l'herència de la seva esposa. En conseqüència, es van adjudicar per parts iguals el ple domini de tots els béns que integraven la societat de guanys.

Presentada l'escriptura al registre, va merèixer una qualificació negativa, per considerar el registrador que el marit no havia disposat dels béns procedents de la seva esposa, ni per actes entre vius ni per causa de mort i que, per tant, havien de ser cridats a l'herència els nebots de l'esposa.

El notari va recórrer, sobre la base d'entendre que la condició establerta en ambdós testaments quant a la substitució preventiva de residu s'havia de considerar impossible i, per tant, no posada. La condició de què es tracta, i que és rellevant a efectes del recurs, preveia que «a efectes de la substitució preventiva de residu ordenada, només s'ha d'entendre que l'hereu instituït ha disposat dels béns de l'herència quan ho verifiqui després d'haver-la acceptat» (relació de fets I).

El registrador va confirmar la nota, rebutjant aquesta darrera al·legació atès que la dificultat per complir la condició, deguda a la proximitat temporal entre totes dues defuncions, no la converteix en impossible, i emparant-se també en la interpretació de la voluntat de la causant.

1.2. El dret aplicable

Tant el notari com el registrador consideren aplicable el Codi civil de Catalunya (a partir d'ara, CCC), atesa la disposició transitòria quarta de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, que en va aprovar el llibre quart. La Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (a partir d'ara, DGDEJiM) comparteix la conclusió, però no la fonamentació. De l'apartat segon de la referida disposició transitòria se'n dedueix el criteri segons el qual les substitucions preventives de

* Email: miriam.anderson@ub.edu Aquests comentaris s'inscriuen en el marc del Projecte DER2017-82129-P, finançat pel Ministeri de Ciència i Innovació.

residu es regeixen pel dret vigent en el moment d'obrir-se la successió, però aquest precepte es refereix a successions obertes amb anterioritat a l'entrada en vigor de la Llei 10/2008. Per tant, la norma a tenir en compte, que condueix igualment a l'aplicació del CCC, és la disposició transitòria primerade la Llei citada (FD 1.2). Tot i això, la DGDEJiM destaca que cal tenir en compte tant la disposició transitòria segona (relativa a les regles merament interpretatives de la voluntat del causant d'acord amb la legislació derogada) com l'art. 421-1 CCC, segons el qual la voluntat del causant regeix la successió i, a més, en els testaments objecte de la resolució es feia remissió expressa a l'art. 216 CDCC en establir la substitució preventiva de residu (FD 1.2).

1.3. Una qüestió prèvia: la distinció entre fideïcomís de residu i substitució preventiva de residu

La DGDEJiM tracta separadament els problemes que plantegen les dues successions implicades en el recurs, tot i que la resolució del primer determinarà la del segon. D'una banda, es tracta de determinar si la substitució preventiva de residu establerta en el testament de l'esposa, que va morir primer, va ser eficaç o no, o si ho va ser la vulgar. De l'altra, si en obrir-se la successió del marit es transmetia a les seves hereves el dret a acceptar o repudiar la delació de l'esposa; és a dir, si va operar el dret de transmissió (FD 2.1).

Però abans d'entrar a analitzar aquestes qüestions, la resolució adverteix que els causants no van escollir una substitució fideïcomissària o un fideïcomís de residu, que es distingeix clarament de la substitució preventiva de residu, malgrat que en el CCC la sistemàtica no ho manifesta de forma tan òbvia com ho feia a la CDCC. En aquest punt, apel·lant també a la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya[1], es recorda que (FD 2.2):

> «La conseqüència més destacada de la diferència entre una figura i una altra és que en el fideïcomís de residu és el testador qui designa el destinatari final –el fideïcomissari– dels béns de la herència, mentre que, en la substitució preventiva de residu, la facultat de destinar els béns hereditaris rebuts correspon a l'hereu instituït i, només si aquest no els destina *mortis causa*, els adquireix la persona designada pel testador com a substitut. Per tot això, el fideïcomís de residu i la substitució preventiva de residu es regeixen per les seves pròpies regles; pel que fa a aquesta última, no li són aplicables els preceptes que regulen el fideïcomís ordinari ni el fideïcomís de residu.»

Aquesta darrera precisió és rellevant. Amb anterioritat (al FD 2.1) la DGDEJiM considera que, si s'hagués emprat un fideïcomís, les qüestions controvertides s'haurien obviat. Això és degut a què no s'hauria plantejat un eventual joc del dret de transmissió (art. 461-13 CCC); la substitució vulgar en fideïcomís el desplaça (art. 426-8 CCC).

1.4. El moment de testar determina l'eficàcia de la substitució preventiva de residu

Havent exclòs que s'estigui davant cap tipus de fideïcomís, la DGDEJ centra la qüestió relativa al testament de l'esposa en determinar si el fet d'haver mort el marit-substituït deixant testament (el que va atorgar el mateix dia que la seva esposa premorta) és suficient per entendre incomplerta la condició legal establerta a l'art. 426-59.3 CCC (és a dir, que el substituït mori sense haver atorgat testament o heretament vàlid i eficaç o si els seus hereus instituïts no arriben a ser-ho; en sentit similar, art. 216.II CDCC) o bé si el testament hauria de

[1] STSJC de 25.5.2009 (ECLI:ES:TSJCAT:2009:2189)i STSJC de 28.10.1991 (RJ 1992\3911).

ser posterior a l'obertura de la successió i a l'adquisició dels béns subjectes a la substitució. La primera postura és la que fa valer el notari al recurs, per entendre que la substitució només opera si el causant mor intestat. Per al registrador, en canvi, en haver mort el marit poc després que la seva esposa, no va disposar dels béns i, per tant, la substitució és eficaç. En els arguments del notari i del registrador hi pesa també la interpretació que fan de la voluntat dels testadors: per al notari, la intenció era que prevalgués la voluntat del supervivent; per al registrador, no hi ha dubte que la causant volia que la succeïssin els seus propis nebots, i no els del marit, si aquest darrer no disposava altra cosa.

LA DGDEJiM conclou, malgrat que els art. 216 CDCC i 426-59 CCC només requereixen, literalment, que el substituït mori intestat o sense deixar hereu voluntari, que els actes de disposició per part del substituït han de ser posteriors a l' adquisició dels béns del causant per tal d'evitar que entri en funcionament la substitució. «Per tant, el que exclou la substitució preventiva de residu no és que l'hereu instituït mori havent atorgat testament, sense més, sinó que mori havent atorgat un testament posterior a l'adquisició dels béns procedents del causant que ordena la substitució i que disposi d'aquests béns» (FD 2.6). L'apartat segon de l'art. 216 CDCC afegia encara dades addicionals, en referir-se als casos en què els cònjuges haguessin atorgat heretament preventiu (FD 2.7). La raó per apartar-se de la literalitat dels preceptes de referència es troba en la finalitat de la substitució preventiva de residu: es tracta de què els substituts designats pel causant adquireixin els béns que l'hereu instituït hagués adquirit del causant i dels quals no hagués disposat per acte entre vius o per causa de mort (FD 2.6).

Aquesta interpretació representa un canvi de criteri radical respecte al que es va mantenir en la Resolució de la llavors Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 18 de setembre de 2014,[2] com es reconeix en la pròpia resolució que ara es comenta (FD 2.9)[3]. Val a dir que, en el cas que motiva la resolució que ara es comenta, la voluntat de les parts sembla bastant clara i es recollia en els propis testaments, per mitjà de la clàusula segons la qual «a efectes de la substitució preventiva de residu ordenada, només s'entendrà que l'hereu instituït ha disposat dels béns de l'herència quan ho verifiqui després d'haver-la acceptat», que es reprodueix diverses vegades en la resolució (així FD 2.6, 2.7). Resta el dubte de si s'hauria conclòs el mateix si els testaments mateixos no haguessin conduït a aquest resultat.

> Pel que fa a l'al·legació del recurs quant a la impossibilitat de la condició, la DGDEJiM també dona la raó al registrador: el fet que l'hereu instituït no acceptés i no disposés dels béns no posa de relleu la impossibilitat de la condició, sinó el seu incompliment (FD 2.8). L'argumentació és, certament, incontestable. El problema és, com sempre, que la realitat presenta moltes més cares de les que l'ordenament pot preveure. Per bé que en el cas que motiva la resolució probablement és adient considerar que la causant hauria preferit els seus nebots als del seu marit, que la va sobreviure per pocs dies, no sempre serà tan senzill optar per l'eficàcia de la substitució preventiva de residu potser per damunt del dret de transmissió. En aquest supòsit, la substitució n'evitaria els efectes distorsionadors. En altres, no ho farà. De tota manera, la DGDEJiM considera compatibles ambdues figures, com de seguida es veurà.

[2] JUS/2137/2014; DOGC núm. 6717, de 30.9.2014). Comentada a 1 *InDret* (2015).

[3] Criteri, d'altra banda, que també sembla compartir la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública: per totes, Resolució de 2.7.2020 (BOE núm. 211, de 5.8.2020).

En qualsevol cas, el criteri que ara s'adopta té un efecte determinant quant a la interacció entre la substitució preventiva de residu, la substitució vulgar i, sobretot, el dret de transmissió, als qual es dedica el fonament de dret tercer.

1.5. El dret de transmissió preval sobre la substitució vulgar i és compatible amb l'eficàcia de la substitució preventiva de residu

Ni en el recurs ni en la qualificació, així com tampoc en l'informe del registrador, no es qüestiona la qualificació d'hereu fiduciari que s'atribueix al marit (FD 3.2), però, a banda d'haver ja distingit entre fideïcomís i substitució preventiva de residu (*supra,* apartat 1.3) la DGDEJiM considera necessari fer-hi referència, bàsicament perquè, si es tractés d'un fideïcomís, no operaria el dret de transmissió, d'acord amb l'actual art. 426-8 CCC (FD 3.3). Així s'havia determinat també en resolucions anteriors, com les de 31 de maig de 2010[4] i la ja citada de 18 de setembre de 2014. Però s'entén que el dret de transmissió sí que és compatible amb la substitució preventiva de residu, tot i que que cal determinar si preval aquesta transmissió de la delació o bé la substitució vulgar que també es va preveure. Tal i com havia fet sota la vigència de la legislació anterior[5], la DG rebla la preferència de l'anomenat *ius transmissions,* que es considera imperativa d'acord amb la literalitat de l'art. 461-13 CCC, segons el qual la delació es transmet *sempre* als hereus del cridat que ha mort sense acceptar ni repudiar (FD 3.3).

Això condueix a la conclusió que les hereves del marit (les seves nebodes) troben dins del seu patrimoni la delació que va rebre en la successió de la seva esposa premorta i poden, per mitjà del dret de transmissió, acceptar-la. Aquesta acceptació, però, en cap cas no les legitima, segons la DGDEJiM, a disposar dels béns de l'herència de la causant com ho hauria pogut fer el transmitent, perquè només el marit, com a hereu instituït per ella, tenia aquesta legitimació. Al seu parer, les nebodes del marit «no són instituïdes per la causant, sinó per la llei que els ha atorgat el *ius transmissions*». Per tant, «d'acord amb la voluntat de la testadora, només els béns de la seva herència dels quals l'hereu instituït hagi disposat amb posterioritat a l'acceptació queden exclosos de la substitució preventiva de residu i no els poden adquirir els substituts; correlativament, els substituts designats en la substitució preventiva de residu adquireixen i fan seus els béns hereditaris de què l'hereu instituït no hagi disposat (articles 216 de la CDCC i 426-59 del CCC); si no n'ha disposat de cap, aleshores els adquireixen tots» (FD 3.4).

1.6. Un resultat patològic

Com a conseqüència de la interpretació que es realitza quant a l'eficàcia de la substitució preventiva de residu i de la seva compatibilitat amb el dret de transmissió, la DGDEJiM conclou el següent (FD 3.5):

> «D'acord amb el que s'ha exposat, [les nebodes del marit] estaven efectivament legitimades per atorgar l'escriptura de 30 de juliol de 2020, a través de la qual acceptaven les herències del seu oncle [...]. i de la seva esposa [...] i procedien a la dissolució de la societat conjugal de guanys que regia el seu matrimoni. La legitimació per dissoldre la societat de guanys la tenen els cònjuges i, en cas de defunció, els seus hereus. En aquest supòsit, la legitimació de les esmentades nebodes [...] és doble: intervenen com a hereves del marit [...] per substitució vulgar [arran de la

[4] JUS/3268/2010; DOGC núm. 5763, de 18.10.2010. Comentada per MARSAL a 4 *InDret* (2010)

[5] Resolució de 25.11.2005 (JUS/359/2006; DOGC núm. 4579, de 23.2.2006). Comentada per MARSAL a 2 *InDret* (2007), i la ja citada de 31.5.2010.

> premoriència de l'esposa] i, també, com a hereves [de l'esposa], per haver-ne acceptat l'herència per dret de transmissió. Ara bé, si com a hereves del marit adquireixen la meitat dels béns de la societat de guanys que corresponen a aquest, no passa el mateix amb la meitat que correspon a la dona, ja que, malgrat ser també les seves hereves, en estar afectats els béns hereditaris per la substitució preventiva de residu i no haver-ne disposat el marit instituït originàriament com a hereu, aquests béns corresponen als nebots de la dona, designats per aquesta com a substituts en el seu testament.»

El resultat és fins a cert punt extraordinari: les nebodes del marit són les seves hereves i també les de l'esposa premorta, però d'aquesta no en reben béns, atès que aquests corresponen als substituts previstos en el seu testament per al cas que el seu marit no n'hagués disposat per testament posterior a l'adquisició. A més, els nebots de l'esposa, que entren com a substituts donada l'eficàcia que es predica de la preventiva de residu, també cal entendre que reben com a hereus, atès que van ser cridats en la mateixa condició que tenia el marit[6]. Aquests darrers, amb contingut econòmic: els corresponen tots els béns de la seva herència. Les nebodes, hereves del marit, i també de l'esposa per dret de transmissió, ho són, segons la resolució, sense rebre béns. Es conclou, també, que correspon a aquestes nebodes la dissolució de la societat conjugal de guanys. Sorgeixen múltiples interrogants: té sentit que hi hagi uns hereus de tots els béns de l'esposa, en virtut de la substitució preventiva de residu, que no sembla que siguin continuadors de la personalitat del causant i, per tant, no poden intervenir en operacions com la dissolució de la societat conjugal? I, viceversa, tenen la delació les nebodes, hereves del cònjuge supervivent, si la mort del seu causant sense haver acceptat ni repudiat l'herència de la seva esposa desencadena l'operativa de la substitució preventiva de residu, perquè per definició no va disposar dels béns després d'haver-los adquirit? Si la finalitat de la substitució preventiva de residu és la d'evitar que els béns del substituent segueixin la via de la successió intestada[7], no s'hauria complert aquest requisit pel fet d'haver mort el substituït deixant hereus voluntaris, encara que fos amb testament anterior a l'obertura de la successió? Per contra, si la substitució preventiva de residu és un mecanisme emprat per evitar els efectes distorsionadors del *ius transmissionis,* es pot mantenir la compatibilitat de totes dues figures? Encara en aquesta línia, s'hauria admès el dret de transmissió si el substitut hagués mort intestat? Sembla que aquí es podria topar, fins i tot, de manera potser tangencial, amb el principi *nemo pro parte* (art. 411-3.2 CCC): hi hauria quatre hereus, com conclou la resolució, però dos serien voluntaris (per efecte de la substitució) i dos legals (tot i que per la via indirecta de la successió –intestada– del substituït). La qual cosa fa pensar que, havent-hi delació a favor dels substituts preventius de residu de l'hereu, mal pot haver transmès aquest la mateixa delació en morir sense acceptar ni repudiar. La compatibilitat entre les dues institucions que acull la resolució, per bé que tingui fonament en una interpretació rigorosa de l'art. 461-13 CCC, és molt qüestionable.

Es comprenen les dificultats per arribar a una solució en aquest cas que es consideri «justa» i que, a més, no faci trontollar el funcionament de les figures pròpies del dret successori català. Potser la clau es troba en què, si opera la substitució preventiva de residu, la delació segueix aquesta via i no la del *ius transmissions*. La dualitat, fruit d'admetre en aquest cas la compatibilitat amb el dret de transmissió, no s'adiu amb la voluntat del testador que estableix la substitució preventiva de residu i segurament tampoc amb la seva mecànica.

---

[6] Quant al moment de la delació, MARSAL GUILLAMET, «Comentari a l'art. 426-59», a: EGEA FERNÁNDEZ; FERRER RIBA (dirs.), *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions,* vol. I, Atelier, Barcelona, p. 745.

[7] De nou, MARSAL GUILLAMET, «Comentari a l'art. 426-59», cit., p. 741-742.

Potser hi hauria hagut una manera més senzilla d'arribar a la veritable voluntat de l'esposa substituent, que hauria consistit en interpretar de manera més àmplia la substitució vulgar. En el testament s'establia que operaria per als casos típics de premoriència o de no voler o no poder succeir, però en conjunció amb la substitució preventiva de residu, sembla que hauria estat idoni interpretar que es volia evitar tant la successió intestada com les desviacions que pot comportar, en casos com aquest, el dret de transmissió. Però l'estrica doctrina, que es manté, sobre la preferència d'aquest darrer dret sobre la substitució vulgar ho impedeix. I la resolució dona lloc a un resultat, com dèiem, extraordinari i, en bona mesura, patològic.

2. Resolució de 29 de març de 2022 (JUS/906/2022; DOGC núm. 8642, de 6.4.2022). Drets d'adquisició preferent de l'Administració: tancament registral per manca de notificació de la transmissió projectada

2.1. Introducció

Una societat limitada va adquirir un edifici sencer, integrat per diversos locals comercials i habitatges, dos dels quals estaven llogats. El venedor es va reservar un percentatge de la finca que es va concretar en l'usdefruit d'un dels habitatges.

L'escriptura de compravenda va se qualificada negativament, pel fet de no haver-se complert les obligacions de notificació que preveu l'art. 174 del Decret legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, pel qual s'aprova el Test refós de la Llei d'urbanisme (a partir d'ara, LU)[8], per als casos en què procedeixi el dret legal de tanteig de l'Administració. L'art. 173.1, lletra *b*, LU preveu que el referit dret concorre quan es transmeten habitatges llogats conjuntament amb la resta d'habitatges o locals que formin part del mateix edifici, d'acord amb la legislació d'arrendaments urbans. La qualificació substitutòria, únic document que es va redactar en castellà, va confirmar íntegrament la qualificació.

La compradora va recórrer, argumentant, en essència, que els drets de tanteig i de retracte són drets diferents i que, precisament, el fet de no permetre la inscripció si no s'ha dut a terme la notificació de la transmissió projectada impedeix que l'Administració tingui coneixement de la venda per mitjà de la consulta al Registre i pugui, si escau, exercir el seu dret de retracte (art. 174.3 LU). Des de la perspectiva de la recurrent, en el cas de què es tracta el tanteig ja no es podria exercitar, perquè la transmissió ja es va realitzar en l'escriptura presentada per a la seva inscripció. S'assenyala que la notificació ja s'ha practicat i que, per tant, el recurs es presenta a efectes doctrinals.

La primera qüestió que tracta la resolució és justament aquesta darrera.

2.2. El recurs governatiu a efectes doctrinals

La DGDEJiM recorda que la normativa vigent no preveu recursos als efectes exclusivament doctrinals, tot i que havien existit i eren relativament freqüents, però considera que hi ha consens tant doctrinal com pràctic en què es poden resoldre atès que, en definitiva, s'interposen contra una qualificació negativa concreta i és irrellevant que, per altres motius, s'hagi arribat a practicar la inscripció. La Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública (a

[8] Text consolidat disponible a: https://portaljuridic.gencat.cat/eli/es-ct/dlg/2010/08/03/1

partir d'ara, DGSJFP) en resol[9], per considerar que el que és objecte del recurs no es la inscripció, sinó la qualificació, i també ho ha fet la DGDEJiM. En concret, això va succeir en la Resolució d'1 de desembre de 2010[10], pel que fa a la naturalesa del dret de vol, i també en les Resolucions de 3 de febrer de 2015[11], sobre cancel·lació de drets d'adquisició, i de 12 de juliol de 2017[12], sobre protecció de consumidors en l'àmbit hipotecari. En aquests casos, els recursos no expressaven que s'interposaven a efectes doctrinals, però la DG els resolia tot i que la inscripció ja s'havia practicat, atès que no s'havia desistit del recurs, l'Administració té l'obligació de donar resposta a les reclamacions formulades i, a més, podria haver-hi un interès doctrinal en conèixer el criteri de l'òrgan resolutori.

Considera la DGDEJiM que aquests recursos tenen especialitats quant a l'admissió i l'eficàcia (FD 1.2):

> «Pel que fa a l'admissió, l'òrgan que ha de resoldre els pot inadmetre quan la qüestió sobre la qual versen sigui anecdòtica, molt particular, no tingui un interès general, la solució jurídica sigui clara i reiterada o no tingui una fonamentació jurídica suficient. I pel que fa al resultat, l'especialitat és que si s'accepta el recurs, i per tant la resolució és contrària a la qualificació, no comportarà en cap cas la inscriptibilitat del títol, perquè aquest ja estarà inscrit.»

Entén que en el cas que ara es comenta és oportú admetre el recurs, degut a les divergències que es detecten a la pràctica entre l'exercici dels drets d'adquisició a favor de particulars o de l'Administració «no plenament justificades en la lletra de la llei», al fet que la regulació és molt poc homogènia – cosa que conduirà més endavant a proposar una reordenació de la normativa (FD 7.4) – i a què els drets de tanteig i retracte són diferents, però sovint el segon és la solució davant de l'incompliment dels requisits del primer. Però en aquest mateix lloc (FD 1.3) s'afirma que els operadors semblen coincidir amb la qualificació recorreguda i que la qüestió plantejada «no té un interès jurídic rellevant». Això darrer és en certa manera qüestionable: l'argumentació del recurs, en el sentit d'indicar que exigir la notificació als efectes del tanteig per a la inscripció és il·lògica en tant que, produïda la transmissió, ja no es pot exercitar, té el seu fonament. Com es veurà de seguida, requereix un esforç interpretatiu considerar aplicables els art. 134 i 135 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge (a partir d'ara, LDH)[13] en aquest cas, arran del desordre legislatiu existent. I, de tota manera, es tracta d'obligacions formals que no s'ajusten a la mecànica dels drets d'adquisició, que el dret públic manlleva del dret privat. D'altra banda, tampoc no cal menystenir el fet que l'existència d'aquests drets a favor de l'Administració i els requeriments de temps que el funcionament d'aquesta imposen sí que poden tenir una transcendència econòmica important, en la mesura en què si bé no cal esperar a què caduqui el dret per a inscriure, difícilment s'aconseguirà finançament hipotecari fins llavors, amb la qual cosa, a banda de poder perdre l'oportunitat d'adquirir, el cost de l'operació pot esdevenir molt més alt per a la part compradora (només cal pensar en els requisits d'edat per a una tributació més reduïda –la meitat– a l'impost de transmissions patrimonials –el temps d'espera fins que l'Administració resolgui o el dret caduqui pot comportar la pèrdua del benefici fiscal–, o en l'increment dels tipus d'interès per

[9] Per exemple, en Resolucions d'11.1. 2016 (BOE núm. 30, de 4.2.2016), 17.1.2017 (BOE núm. 32, de 7.2.2017) o 10.8.2020 (BOE núm. 257, de 28.9.2020).
[10] JUS/4284/2010 (DOGC núm. 5795, de 13.1.2011). Comentada per MARSAL GUILLAMET a 2 *InDret* (2011).
[11] JUS/360/2015 (DOGC núm. 6826, de 9.3.2015). Comentada a 3 *InDret* (2015).
[12] JUS/1719/2017 (DOGC núm. 7418, de 24.7.2017). Comentada a 1 *InDret* (2018).
[13] Text consolidat disponible a: https://portaljuridic.gencat.cat/eli/es-ct/l/2007/12/28/18

factors conjunturals). Raó per la qual convé que la regulació i la seva aplicació siguin, com a mínim, suficientment clares.

2.3. La qüestió lingüística

El segon fonament de dret de la resolució té per objecte recordar, *obiter*, el que estableix l'art. 17 de la Llei 1/1998, de 7 de gener, de política lingüística[14], atès que tota la documentació, inclosa la petició de qualificació substitutòria, s'havia redactat en català, motiu pel qual aquesta segona qualificació també s'havia d'haver fet en aquesta llengua. Tot i que l'apartat tercer de l'esmentat precepte es refereix només a les certificacions, el criteri es considera aplicable a qualsevol sol·licitud al Registre. La DGDEJiM demana més cura a l'hora d'aplicar la normativa en l'àmbit registral[15].

2.4. Els drets d'adquisició preferent de l'Administració en la venda d'edificis sencers amb habitatges arrendats

L'art. 15 LDH preveu la delimitació d'àrees de tanteig i retracte a favor de l'Administració «per a facilitar la conservació i rehabilitació d'edificis i per a evitar l'expulsió d'ocupants o altres processos especulatius» i remet, tant pel que fa a la declaració de les àrees subjectes a aquests drets com per al seu exercici, a la LU. Aquesta, a l'art. 173.1, lletra *b,* preveu el supòsit que dona lloc a la resolució aquí comentada i l'art. 174 n'estableix les condicions d'exercici. El seu primer apartat recull l'obligació de comunicar les condicions de l'alienació onerosa projectada; el segon estableix un termini de dos mesos (que es pot allargar si cal inspeccionar l'immoble) per a exercir el dret, que altrament caduca. Un cop exercit, la transmissió s'ha de formalitzar en tres mesos. L'apartat tercer del referit art. 174 LU, sobre el qual sembla basar-se el recurs, malgrat no explicitar-ho, preveu el següent:

> «La transmissió del bé afectat sense complir l'obligació de comunicació o, complerta aquesta, abans que caduqui el dret de tanteig o en condicions menys oneroses a les comunicades implica el dret de retracte. El termini per exercir aquest dret és de tres mesos a partir de la inscripció de la transmissió en el Registre de la Propietat o del moment en què l'Administració tingui coneixement de l'alienació. L'exercici del dret de retracte implica que l'Administració o la beneficiària adquireixen el bé afectat pel mateix preu i en les mateixes condicions que ho va fer l'adquirent.»

Això no obstant, l'apartat quart de l'art. 174 LU remet a la legislació d'arrendaments urbans per al supòsit objecte de la resolució i, en concret, quant a les comunicacions. Per tant, d'acord amb l'apartat 7 de l'art. 25 de la Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans[16], sembla que la notificació de la decisió de transmetre, del preu i de les restants condicions essencials s'ha de fer de manera fefaent per al tanteig (apartat 1) i per al retracte, si la transmissió ja s'ha dut a terme (apartat 3). D'altra banda, l'art. 25.5 estableix el tancament registral si no s'acredita la pràctica d'aquestes notificacions o si no es declara la inexistència d'arrendataris. En aquest punt la Llei estatal no seria d'aplicació com a dret supletori, sinó per remissió directa de la LU.

[14] Text consolidat disponible a: https://portaljuridic.gencat.cat/eli/es-ct/l/1998/01/07/1

[15] La DG s'havia pronunciat sobre qüestions lingüístiques a les Resolucions de 25.7.2019 [JUS/2185/2019, DOGC. núm. 7934, de 7.8.2019; comentada a 4 *InDret* (2019)] i de 5.9.2019 [JUS/2357/2019; DOGC núm. 7964, de 20.9.2019; comentada a 1 *InDret* (2020)].

[16] Text consolidat disponible a: https://www.boe.es/eli/es/l/1994/11/24/29/con

Però cal tenir en compte que, amb una considerable manca de claredat, segurament fruit de les diverses modificacions de què han estat objecte, dels art. 134 i 135 LDH se'n pot deduir una conclusió semblant. Atès que s'estableix que s'han de comprovar els requisits de notificació no només en cas de transmissió d'habitatges de protecció oficial, sinó també en els supòsits de declaració d'àrees de tanteig i retracte de l'art. 15 LDH (art. 134.5 LDH) i que la inscripció no és possible tret que s'acrediti el compliment de les obligacions recollides als art. 132 a 134 (art. 135.1 LDH), sembla que el dret català condueix al mateix resultat que el previst a la legislació estatal a la qual remet. La DGDEJiM, però, reconeix que cal el tancament registral, «tot i que la Llei no l'imposi de manera expressa» (FD 7.2). Segons s'acaba de comentar, potser sí que l'imposa expressament, però no hi ha dubte que aquesta normativa requereix millores tècniques substancials.

2.5. Les conclusions de la DGDEiM sobre els requisits de notificació en els drets d'adquisició preferent en el dret català

Un cop situat l'objecte del recurs i, en certa manera, avançada la posició que es mantindrà ja al fonament de dret tercer, es dediquen els següents fonaments de dret a repassar l'evolució històrica dels drets d'adquisició preferent (quart), la regulació dels requisits de notificació dels establerts en benefici de particulars (cinquè) i dels que beneficien la comunitat (sisè), tot extraient-ne algunes conclusions.

Pel que fa a l'evolució de la regulació en general, es posa l'accent en la transició des d'una perspectiva de desgrat pròpia del liberalisme, manifestada per exemple en els brevíssims terminis que estableix del Codi civil espanyol de 1889, cap a una revifada a nivell europeu dels drets d'adquisició, en particular en matèria d'arrendaments i perfilant-se el dret de retracte com una mena de sanció per al cas d'incompliment dels requisits establerts per tal que el tanteig es pugui exercir. A diferència del que succeïa amb la fadiga arran de la constitució *Com moltes vegades se esdevenga,* de 1520, que permetia comunicar la transmissió mostrant l'escriptura de venda, s'anava concloent que el tanteig és més beneficiós per a totes les partes, en ser extrajudicial, abreujar els terminis i reduir els costos. A partir de 1980 a Catalunya s'han anat regulant drets de tanteig i retracte concebuts com «una restricció més del dret de propietat derivada de la funció social que se li atorga» (FD 4.4).

Tot i que en la Resolució de 22 de desembre de 2020[17] ja es van descriure de manera sistemàtica els drets d'adquisició preferent de caràcter legal, la DGDEJiM considera que, atès el caràcter de dret comú a Catalunya que té el Codi civil (art. 111-4), és pertinent repassar els drets d'adquisició preferent per tal de situar en el seu context normatiu els drets d'adquisició en benefici de l'Administració que preveu la LU, com a restricció d'interès públic del dret de propietat (FD 4.5). Del repàs que realitza, en conclou el següent:

> «5.2 La regulació dels drets d'adquisició preferent en interès de particulars és, com veiem, diversa, però guarda una clara graduació pel que fa a les exigències formals de notificació segons l'interès jurídic que pretenen protegir:
> a) Una exigència menor, reduïda només al retracte, quan es pretén afavorir el conreador directe de finques de poca superfície facultant-lo per adquirir les finques rústiques veïnes o, en el cas de d'era Val d'Aran, amb el retracte gentilici a favor dels familiars.

[17] JUS/3403/2020, DOGC núm. 8308, de 4.1.2021 .Comentada a 2 *InDret* (2021).

> b) Una exigència major, amb notificació prèvia perquè es pugui exercir el tanteig i un retracte que podem qualificar de sancionador, quan l'interès que es protegeix és el de reunir en una sola mà diverses facultats escindides del domini o diverses quotes de drets, o bé d'una mateixa comunitat hereditària.
> c) Una exigència superior quan es tracta de protegir drets que recauen sobre un bé essencial, que és l'habitatge, o determinats elements de producció bàsics, com poden ser les finques rústiques explotades per agricultors, o els locals comercials. En aquests darrers casos la manca de notificació prèvia, a banda de concedir el retracte, impedeix la inscripció de la venda en el Registre.»

D'aquesta darrera apreciació se'n podria concloure, a contrari, que la manca de notificació del tanteig no impedeix la inscripció en els casos en què es tracti de facilitar la sortida d'una situació de comunitat. Així es va decidir en la Resolució de 6 de febrer de 2008[18], on s'afirmava de manera expressa que el tancament registral només es produeix quan així ho disposa una disposició legal de manera expressa. No obstant això, recentment la DGDEJiM ha conclòs que es produeix igualment el tancament registral en supòsits diferents als relatius a arrendaments rústics i urbans. En la Resolució de 4 de desembre de 2021[19], es va confirmar la nota de qualificació que impedia la inscripció d'una aportació a societat per no constar la comunicació o el consentiment a la transmissió de la beneficiària d'un dret de tanteig establert en pacte successori (que perseguia el manteniment d'un immoble a la família, per tal que continués destinat a col·legi). Es tractava, doncs, d'una restricció establerta en interès privat i de manera voluntària, sense ésser imposada per la llei, tot i que amb un objectiu que segurament es pot considerar que beneficia la comunitat. La garantia que suposa la conversió en retracte no es va considerar que suplís la necessitat de comunicar la transmissió projectada per tal que l'escriptura tingui accés al registre. Sembla que, en aquest punt, la doctrina de la DG ha evolucionat, tot i que les afirmacions de la resolució aquí comentada semblin contradir-ho.

Pel que fa als drets d'adquisició previstos a favor de les administracions públiques, l'apreciació de la DGDEJiM és que la regulació és encara menys uniforme, però n'extreu també unes notes comunes, confirmades per l'evolució històrica que es perfila:

> «6.2 Com podem veure, en els drets establerts a favor de les administracions sempre s'exigeix comunicació prèvia del projecte d'alienació, per a l'exercici del tanteig, i el retracte és sancionador per al cas que es faci l'alienació sense la comunicació prèvia o, sobretot, en condicions diferents que les comunicades o abans d'escolar-se el termini que té l'administració per exercir el tanteig. Observem, també aquí, una evolució històrica dels requisits que s'exigeixen per al tanteig i el retracte. Mentre que les dues primeres lleis, que es remunten als anys 1985 i 1988 (espais naturals i forestal) no es fa cap regulació específica de la notificació prèvia, per la qual cosa semblen més laxes, la de patrimoni cultural de 1993 i les relatives a habitatge, quinze anys posteriors, són més detallistes i estableixen el tancament registral. La progressió legislativa en matèria de drets d'adquisició preferent tendeix a enfortir les garanties de les administracions públiques per a fer-los efectius i s'ha d'entendre en el sentit que, a l'hora d'interpretar la normativa més antiga, cal fer-ho d'acord amb la realitat social del temps en què cal aplicar-la, de manera que ja avancem el nostre criteri que en els supòsits que els drets de tanteig i de retracte són imposats en benefici de la comunitat el tancament registral per manca de comunicacions és implícit. Efectivament: els béns jurídics que intenten protegir deriven dels drets i deures que reconeix l'Estatut d'autonomia de 2006: deure de respectar i preservar el patrimoni cultural

[18] JUS/446/2008, de 14.2.2008 (DOGC núm. 5077, de 25.2.2008). Comentada per MARSAL GUILLAMET a 4 *InDret* (2008).
[19] JUS/3651/2021(DOGC núm. 8564, de 16.12.2021). Comentada a 1 *InDret* (2022).

(article 22.2), dret a accedir a un habitatge digne (articles 26), dret a gaudir dels recursos naturals i del paisatge i de fer-ne un ús responsable i evitar-ne el malbaratament (article 27.1).»

2.6. El tancament registral davant l'incompliment del requisit de la notificació en el cas de les àrees de tanteig i retracte regulades per la LU

Ja en el fonament de dret tercer, la DGDEJiM apuntava que la interpretació que es mantenia en el recurs, implícitament basat en l'art. 174.3 LU, segons la qual no caldria acreditar la notificació prèvia de la compravenda per a aconseguir la inscripció, ja que aquesta permet a l'Administració conèixer l'existència i les circumstàncies de la transmissió de manera que podrà exercir el retracte, es considerava parcial. En aquest sentit, s'afirmava ja que «una lectura completa i finalista ens fa veure que el retracte existirà quan, feta la comunicació, la venda s'atorgui abans que caduqui el dret o si es fa en condicions menys oneroses. En aquests dos casos, acreditada la comunicació, la inscripció és possible sense haver de fer una nova comunicació. Però si manca la primera notificació, la inscripció no és possible segons resulta del precepte examinat en conjunt i en tot el seu context, així com de la resta de la normativa sobre els drets d'adquisició preferent que regula la nostra legislació» (FD 3.4).

Aquesta perspectiva es confirma després amb altres arguments, com ara la necessitat d'inspeccionar l'immoble, que segurament no concorre quan es tracta de drets d'adquisició establerts en benefici de particulars; el procediment de decisió i pressupostari de l'Administració, que demanda uns terminis diferents, o un possible millor tracte fiscal en cas d'exercici per particulars. Així, al fonament de dret 6.4 es pot llegir que:

> «[...] procedir a l'alienació sense les notificacions prèvies impedeix a l'Administració l'exercici de la facultat d'inspeccionar la finca. A diferència del que succeeix amb els drets d'adquisició preferent establerts a favor de particulars, que recau sobre béns necessàriament coneguts per ells (en són copropietaris, nus propietaris, propietaris gravats, veïns, arrendataris o parents), el dret d'adquisició preferent a favor de l'Administració recau sobre béns que l'Administració no coneix bé. Per això la llei li atorga la facultat d'examinar-los. D'altra banda, en els drets en benefici de particulars, la llei pressuposa una certa facilitat per a la disposició de fons, ja que les persones privades no estan subjectes a tràmits reglats ni per a la disposició dels diners ni per a l'obtenció de crèdit. En canvi, per a l'exercici del dret d'adquisició preferent per part de les administracions, la llei dona per fet que cal seguir un determinat procediment de caràcter pressupostari per a mobilitzar els fons que calen per adquirir el bé sobre el qual recau el dret. En la LU això és evident: s'atorguen dos mesos per a resoldre l'adquisició i altres tres comptats des de la notificació per a l'exercici formal del dret. En cas d'admetre com a bona la interpretació que el recurs fa de la llei, s'està privant l'Administració d'un temps imprescindible per a tramitar l'expedient i reconèixer el bé, reducció de terminis que resulta perjudicial per a la comunitat. Finalment, una darrera consideració: en els drets d'adquisició preferent establerts a favor de particulars, per a l'adquirent és relativament indiferent adquirir per tanteig que per retracte atesa l'exempció fiscal que la normativa de l'impost de transmissions patrimonials estableix a favor de la persona que retreu. En el cas de les administracions públiques, l'exercici del retracte comporta un sobrecost si s'entengués que cal indemnitzar el comprador contra qui s'exerceix amb els costos de la seva adquisició, inclosos els fiscals. És cert que l'incís final de l'article 174.3 de la LU deixa clar que el retracte implica 'que l'Administració o la beneficiària adquireixen el bé afectat pel mateix preu i en les mateixes condicions que ho va fer l'adquirent', i no ordena de manera expressa que assumeixin els costos de l'adquisició de qui ha comprat sense exigir les notificacions prèvies, però a nivell conceptual la diferència existeix.»

En la mateixa línia, es considera que fer dependre la possibilitat d'exercir els drets d'adquisició de l'Administració del coneixement que en pugui obtenir per mitjà de la inscripció és irrisori i condemnaria la llei a la inoperància (FD 7.1) –cosa que, val a dir, també pot passar amb els drets establerts en benefici de particulars– i que banalitzaria l'incompliment de la Llei el fet de convertir el retracte en una via senzilla d'evitar-ne el compliment, amb el conseqüent perjudici per als objectius de política general i, per tant, per a la comunitat (FD 7.2).

Precisa també la resolució que amb això no es pretén imposar una manifestació buida i ritual en cada operació sobre si l'immoble es troba subjecte o no al tanteig i al retracte de l'Administració, sinó que la càrrega de dur a terme les comprovacions oportunes correspon a les tasques de control notarial i registral de les circumstàncies de la transacció (FD 7.2).

La DGDEJiM fa extensiva la conclusió també a altres drets d'adquisició preferent amb els quals es persegueix la consecució de polítiques públiques recollides a la Constitució i a l'Estatut; en concret, es refereix als que preveu la legislació de patrimoni cultural, forestal i d'espais naturals, que tenen una regulació menys detallada i no inclouen expressament obligacions de notificació, sense que això contradigui, segons la resolució, la interpretació restrictiva que es va considerar aplicable a les restriccions al dret de propietat en la ja citada Resolució de 22 de desembre de 2020 (FD 7.3).

I com en aquesta darrera resolució (FD 3.1), la DGDEJiM torna a afirmar que seria convenient harmonitzar la normativa sobre drets d'adquisició preferent per tal de determinar els supòsits que els generen, els requisits de la notificació quan és preceptiva i els terminis, i apunta, aquest cop, que el Codi civil podria ser la ubicació idònia (FD 7.4), perspectiva aquesta que es comparteix.

3. Resolució d'11 d'abril de 2022 (JUS/1212/2022; DOGC núm. 8659, de 3.5.2022). Transmissions hereditàries d'habitatges de protecció oficial: l'obligació de notificar-les a l'Agència de l'Habitatge de Catalunya per part de l'adquirent

3.1. Introducció

La vídua i les filles del causant van atorgar escriptura de manifestació i acceptació de l'herència. D'acord amb el testament de 1993 que regia la successió, la vídua acceptava la institució d'hereva universal i les filles renunciaven pura i simplement als drets que els poguessin correspondre en l'herència del seu pare. Dins d'aquesta, hi havia les meitats indivises de dos immobles que tenien la qualificació definitiva d'habitatges de protecció oficial dels anys 1974 i 1976. En l'escriptura es feia constar «que en el cas que estigui vigent la qualificació definitiva relacionada respecte a la finca de què es tracta, cal visar el contracte de la transmissió a l'Agència de l'Habitatge de Catalunya, d'acord amb els articles 115 i 116 del Decret 2114/1968, de 24 de juliol[20], pel qual s'aprova el Reglament per a l'aplicació de la Llei sobre habitatges de protecció oficial, text refós aprovat pels decrets 2131/1963, de 24 de juliol, i

[20] BOE núm. 216, de 7.9.1968, que desplegava el text refós de la Legislació d'habitatges de protecció oficial aprovat pel Decret 2131/1963, de 24 de juliol (BOE núm. 214, de 6.9.1963), i modificat pel Decret 3964/1964, de 3 de desembre (BOE núm. 304, de 19.12.1964).

3964/1964, de 3 de desembre, i, en cas contrari, haurà d'acreditar-se que la finca de què es tracta és un habitatge lliure» (relació de fets I).

La registradora va suspendre la inscripció per no haver-se acreditat la notificació de la transmissió a l'Agència de l'Habitatge de Catalunya en compliment de l'art. 88.3 LDH.

El notari va recórrer, argumentant que, d'acord amb la disposició addicional setzenaLDH aquesta norma no s'aplica als habitatges de protecció oficial anteriors al Decret 454/2004, de 14 de desembre, de desenvolupament del Pla per al dret a l'habitatge 2004-2007[21], que tenen el seu règim específic. Només el règim sancionador de la LDH els seria d'aplicació. Afirma també que les limitacions previstes als art. 88 i 89 LDH s'estableixen en benefici de la Generalitat, i que aquesta ni tan sols existia els anys 1974 i 1976, que mai no s'ha exigit la notificació de transmissions *mortis causa* d'aquests habitatges de protecció oficial anteriors a la LDH i que en una ocasió la registradora de la propietat havia deixat sense efecte la qualificació original negativa en un cas similar, a banda del fet que considera que les notificacions entorpeixen i alenteixen el procediment de transmissió.

En el seu informe, la registradora confirma la nota, destaca que el mateix notari reconeix la necessitat de notificar en l'escriptura de què es tracta i afirma que la qualificació es basa en l'art. 88.3 LDH i en l'aplicació retroactiva del règim sancionador que aquesta comporta, en el qual s'hi inclou l'art. 124, que considera infracció greu no practicar les notificacions requerides per la legislació. La notificació ha de permetre que l'Administració fiscalitzi el compliment de les obligacions inherents als habitatges en règim de protecció oficial.

Amb diligència posterior al recurs, es practica la comunicació de la transmissió, per tal d'aconseguir la inscripció de manera més ràpida, però es manté el recurs a efectes doctrinals.

3.2. El recurs a efectes doctrinals

De manera expressa aquest cop, doncs, el recurs es manté a efectes doctrinals, com també en la Resolució de 29 de març de 2022, també objecte d'aquests comentaris. Tal i com succeeix en aquesta darrera, la DGDEJiM explica que continuen essent admissibles aquests tipus de recursos i que tenen especialitats (FD 1.1 i 1.2; vegeu, *supra,* l'apartat 2.2).

Es qüestiona i es «subratlla» el fet que l'interès de la qüestió debatuda és discutible, atès que fa referència a supòsits residuals, relatius a legislació vigent només de manera transitòria, que afecta a habitatges amb un règim de protecció oficial que ha expirat o està a punt de fer-ho i amb la particularitat que qui adquireix no és un tercer, sinó el copropietari (FD 1.4). Però, tot i això, s'admet el recurs (FD 1.5).

3.3. L'obligació de notificar en les transmissions hereditàries

D'acord amb la disposició addicional setzena LDH, el règim dels habitatges afectats és el que va preveure el Decret 2114/1968, de 24 de juliol, que aprovà el Reglament dels habitatges de protecció oficial (FD 2.1). A la vista de la legislació vigent, la DGDEJiM considera que el deure de notificació és inherent al règim jurídic dels habitatges amb protecció oficial, que limita els

[21] DOGC núm. 4281, de 16.12.2004. Text consolidat disponible a: https://portaljuridic.gencat.cat/eli/es-ct/d/2004/12/14/454

drets dels propietaris. La finalitat de les notificacions es considera doble: d'una banda, es tracta de garantir l'efectivitat dels drets d'adquisició preferent de l'Administració de la Generalitat i, de l'altra, de controlar el compliment del règim jurídic específic que els correspon. També el Decret 2114/1968 preveia la notificació dels contractes (art. 115 i 116), però no feia esment a les transmissions hereditàries. La resolució subratlla que és evident que en aquestes el causant no pot notificar la intenció d'alienar i, per tant, no sembla exigible que s'hagi de notificar prèviament a l'administració per tal d'atorgar una escriptura d'acceptació d'herència i inventari (FD 2.2). Tot i això, sí que ho haurà de fer l'adquirent, per tal que l'Administració tingui coneixement de la nova titularitat i pugui exercir les funcions de control corresponents (FD 2.3). La legislació derogada no deixava prou clar si l'obligació de notificar es referia pròpiament a la transmissió hereditària o bé si constituïa un advertiment de cara a futures transmissions per part dels adquirents. Per mirar d'aclarir aquest punt, la DGDEJiM acudeix a l'art. 88.3 LDH i en conclou que, tot i no haver-hi drets d'adquisició preferent en joc, la notificació –necessàriament posterior a l'adquisició hereditària– és preceptiva i podria ser considerada una falta administrativa (FD 2.4). Atenint-se a l'art. 135.4 LDH, entén que no es pot inscriure al Registre de la Propietat la transmissió sense acreditar que s'ha produït la comunicació, tot i que això es pot aconseguir tant per visat o registre d'entrada com per remissió d'una acta per part del notari a l'Agència de l'Habitatge de Catalunya de còpia simple de l'escriptura (FD 2.5). Això no hauria de comportar cap retard (FD 2.6).

Finalment, pel que fa a la impossibilitat d'aplicar retroactivament els art. 88 i 89 LDH que havia al·legat el notari, la DGDEJiM considera que, en ser d'aplicació el règim sancionador previst en la LDH d'acord amb la seva disposició addicional setzena, i tenint present que l'art. 124.3, lletra *e*, considera la manca de presentació de documents transmissius com a falta greu (l'art. 153, lletra *c*, del Decret 2114/1968 la considerava molt greu), s'ha d'entendre que el règim sancionador es complementa amb l'art. 135.4 LDH (FD 3.2). Malgrat la referida disposició addicional, la DGDEJiM considera que això «no lesiona ni restringeix drets individuals ni molt menys ataca el dret de propietat, i per això no és procedent argumentar la irretroactivitat de la notificació regulada per l'article 88 [LDH]» (FD 3.3). És una interpretació certament laxa del principi d'irretroactivitat, segurament motivada pel tradicional i persistent desordre de la normativa d'habitatge.

4. Resolució de 13 d'abril de 2022 (JUS/1211/2022; DOGC núm. 8658, de 2.5.2022). Crèdit garantit amb dret real d'anticresi i dret de desistiment del consumidor

4.1. Introducció

L'any 2019 es va atorgar escriptura de contracte de crèdit, en garantia del qual es constituïa un dret real d'anticresi sobre l'habitatge de l'acreditat i propietari de l'immoble, fins a un import màxim d'aproximadament 110.000 euros per finançar obres, despeses, impostos i cures assistencials de l'acreditat.

En l'escriptura original es va manifestar que la part acreditant renunciava a la realització de valor i, més endavant, en escriptura separada, que renunciava als interessos moratoris pactats. Finalment, la mateixa notària autoritzant va estendre diligència per la qual manifestava que l'acreditat no havia fet ús del dret de desistiment previst a una de les clàusules del contracte.

La qüestió discutida fa referència precisament a aquest dret de desistiment. La clàusula contractual en qüestió establia el dret del consumidor a desistir en el termini de catorze dies naturals des de la data de l'escriptura, en termes molt fidels al que preveu l'art. 28 de la Llei 16/2011, de 24 de juny, de contractes de crèdit al consum (LCC)[22].

Presentada l'escriptura al Registre, la registradora denega la inscripció per factors que no són objecte de recurs i també pel fet que no s'havia acreditat que la persona consumidora no hagués fet ús del dret a desistir, cosa que només podria fer aquesta. Considerava que el consentiment prestat no era definitiu, de manera que el negoci no podia desplegar efectes d'acord amb els art. 1261 del Codi civil espanyol (CCE) i 569-23 i 569-24 del Codi civil de Catalunya (CCC).

Sembla ser que el document ja s'havia inscrit en el moment de la resolució (relació de fets III, final), però, sense fer esment a la possible utilitzat de la decisió «a efectes doctrinals»[23], es procedeix a donar resposta al recurs.

Aquest darrer es basava en què no es va produir el desistiment dintre de termini (cosa que entén que no se li pot exigir provar, essent un fet negatiu) i en què des del moment de l'atorgament de l'escriptura pública el consentiment s'havia prestat i el negoci desplegava els seus efectes, sense necessitat de ser confirmat o ratificat, com ho demostraria que l'acreditat havia rebut disposicions i que l'immoble havia estat posat en arrendament per part de l'acreditant, tal i com s'havia previst. No s'estaria, afirma el recurs, davant d'una condició suspensiva. El consentiment no seria insuficient. Defineix el dret de desistiment com «una modalitat del dret que té qualsevol acreditat a la cancel·lació anticipada del crèdit, amb la conseqüent renúncia al termini», tot i que amb un període d'exercici limitat i uns efectes diversos. Menciona també el fet que altres escriptures similars s'han inscrit al mateix registre de la propietat, cosa que la DGDEJiM descarta com a argument per manca de prova. Considera la recurrent que no es pot demanar un nou consentiment, que, a més, podria ser impossible en supòsits d'incapacitat o defunció (relació de fets IV).

En el seu informe, la registradora fa constar que, malgrat haver-se dirigit el recurs a la DGSJFP, en basar-se la qualificació, entre altres, en normes del CCC, considera competent la DGDEJiM (relació de fets VI). No es torna a tractar aquesta qüestió. En el mateix informe, la registradora confirma la seva qualificació, amb explicacions que refermen la idea del consentiment incomplert en què es basa. La DGDEJiM dedica el fonament de dret únic de la resolució a rebutjar aquesta concepció. Abans d'entrar-hi, però, convé fer referència a la naturalesa jurídica del negoci contemplat i a la seva ubicació en el marc de la normativa de protecció de consumidors.

4.2. Dret real d'anticresi o usdefruit de seguretat?

La resolució que ara es comenta fa referència a un producte que s'ha començat a comercialitzar durant els darrers anys com a fórmula per a finançar la dependència i, en concret, la necessitat de fer front al cost d'una residència privada o de cures assistencials al propi domicili. Es tracta d'obrir a favor de la persona consumidora una línia de crèdit, amb disposicions programades semestrals d'una durada de fins a deu anys, equivalents en quantia a un màxim del doble del

[22] BOE núm. 151, de 25.6.2011.
[23] Cfr. amb les resolucions a què s'ha fet referència a l'apartat 2.2 d'aquests comentaris.

que s'obtindria llogant l'immoble directament. En garantia d'aquesta operació, es transmet al creditor la possessió de la finca (l'habitatge de la persona en qüestió o un altre immoble residencial[24]) per tal que el creditor el destini a lloguer per a ús d'habitatge i n'obtingui els rendiments, que haurà de dedicar a cobrir les despeses de gestió previstes, així com els interessos i el capital de les disposicions realitzades. Es preveu expressament que el creditor renuncia al dret de realització de valor sobre l'immoble (i, per tant, a la preferència a cobrar el que se li deu sobre el valor obtingut amb la seva venda), com succeeix en el cas de la resolució[25]. La garantia que es constitueix sobre l'immoble s'anomena anticresi, però, tal i com es va poder argumentar amb anterioritat de manera extensa[26], la figura en realitat no respon al *nomen* que les parts li atribueixen, atès que manquen les dues notes característiques dels drets reals de garantia: el dret a la realització de valor[27] i la preferència per al cobrament amb independència de qui sigui el titular del bé (art. 569-2 CCC).

Sembla, doncs, que la garantia només té d'anticresi el nom, i s'apropa molt més a la figura de l'usdefruit en garantia o de seguretat, que el CCC anomena, però pràcticament no regula. S'hi refereixen els art. 561-3.2, lletra *c,* i 561-16.1, lletra *g*. Aquesta manca de règim jurídic[28], però sobretot el fet que la legislació fiscal proporciona un tracte de favor als drets de garantia en comparació amb la tributació del dret d'usdefruit (que, en desconèixer el legislador central l'usdefruit en garantia, és la genèrica de tot usdefruit), es perfilen com a raons per les quals a la pràctica s'escull una nomenclatura que no s'adiu a la figura realment emprada. Distorsions com la descrita, fomentades per la pròpia legislació, condueixen a pensar que cal un marc jurídic unitari per als productes de finançament de la dependència, tan necessaris en societats envellides com la nostra, en què l'opció per una o altra figura vingui determinada pels concrets interessos de les parts i no per consideracions accessòries, o almenys accidentals, com ho és la tributació. A més, tampoc no existeix, a cap nivell, un tractament uniforme de la posició del consumidor en la comercialització d'aquests productes, tal i com es reflecteix fins i tot en la resolució que ara es comenta.

4.3. Quina normativa de protecció de consumidors resulta aplicable a aquests productes de finançament de la dependència?

Va fer falta una pandèmia de les dimensions de la Covid-19 per a què s'introduís a l'ordenament jurídic espanyol el concepte de consumidor vulnerable. El Reial decret llei

[24] Aquesta darrera nota representa un avantatge en comparació amb la hipoteca inversa. Una crítica a les limitacions d'aquesta última es pot veure a: SIMÓN MORENO, *La optimización de la hipoteca inversa desde la perspectiva europea y norteamericana*, Tirant lo Blanch, València, 2018, esp. pp. 121-124.

[25] I, en models contractuals que es van poder veure en el seu moment, el creditor fins i tot renunciava a perseguir altres béns del deutor, de manera que el seu dret comprometria únicament la possessió de l'immoble, que es retindria fins al cobrament total, preveient-se un màxim de durada, i els rendiments obtinguts per mitjà del seu arrendament, també dins del màxim de temps pactat, transcorregut el qual, el deutor o els seus hereus recuperaven la possessió encara que no s'hagués cobrat íntegrament el deute.

[26] ANDERSON, «Fórmulas anticréticas para financiar la dependència», a: ANDERSON; ARROYO; APARICIO (Dirs.), *Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho de la Unión Europea*, Decanato de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de Cataluña/Marcial Pons, Madrid et al., 2021, pp.161-194.

[27] Cfr. ARNÁIZ RAMOS, «La movilización de activos inmobiliarios de personas mayores», *IDIBE*, 13.6.2019, disponible a: https://idibe.org/tribuna/la-movilizacion-activos-inmobiliarios-personas-mayores/

[28] Sobre els problemes que planteja i propostes de resolució, F. BADOSA COLL, «Les garanties reals en el CCCat», a: LAUROBA LACASA (dir.); TARABAL BOSCH (coord.): *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 157-190, i, des d'una altra òptica, el treball ja citat «Fórmulas anticréticas… », esp. pp. 180-187.

1/2021, de 19 de gener[29], seguit per la Llei 4/2022, de 25 de febrer[30], va introduir un segon apartat a l'art. 3 del Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre,[31] pel qual s'aprova el Text refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementàries (TFLGDCU), segons el qual:

> «[...]a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad».

De cap manera s'hauria d'entendre que les persones d'edat avançada són, per raó justament de l'edat, necessàriament consumidores vulnerables. Però sí que haurien de considerar-se incloses en aquesta categoria les persones, de l'edat que sigui, que es troben en una situació en què requereixen ingressos, amb què no compten, per tal de fer front a les despeses que comporta la pròpia cura personal. No és el mateix adquirir un immoble per tal de començar amb il·lusió una nova etapa de la vida que estar-se plantejant com rendibilitzar la titularitat d'una finca per tal d'arribar a final de mes sense estar desatès.

I en canvi, fins i tot la normativa de la Unió Europea exclou les hipoteques inverses, per exemple, de l'àmbit d'aplicació de la Directiva 2014/17/UE, de crèdits sobre immobles d'ús residencial[32] (art. 3.2, lletra *a*) sens perjudici, naturalment, de què els Estats Membres puguin estendre el règim que preveu a aquests productes. La raó de l'exclusió, que el legislador espanyol va assumir en transposar la norma europea per mitjà de la Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari (LCCI; art. 2.4, lletra *f*)[33], segurament es troba en la fixació, en aquells moments, en el control de solvència com a solució a molts problemes. Lògicament, en productes com la hipoteca inversa, la solvència del deutor és irrellevant[34]: es parteix de què no podrà retornar el préstec en vida; justament el que es finança és el seu consum i la garantia és l'immoble, atès que segurament no hi haurà més patrimoni que aquest.

Amb l'usdefruit en garantia de què aquí es tracta els problemes es multipliquen perquè no és fàcil esbrinar si se li aplica alguna normativa específica, a banda del TFLGDCU. Atès que no es tracta del que generalment es considera un dret real de garantia, cal preguntar-se si es troba subjecte a la LCCI, perquè el seu art. 2.1, lletra *a*, només contempla aquests tipus de drets reals. És possible que es tracti d'una interpretació errònia del que disposa l'art. 3.1, lletra *a*, de la Directiva 2014/17/UE, que es refereix més genèricament a crèdits garantits per un dret *relatiu* a un bé immoble d'ús residencial. L'art. 4 de la Directiva no inclou entre les definicions què s'entén per *garantir*. La primera és una norma volgudament eclèctica, atesa la diversitat de garanties existents en el territori de la Unió, però que genera confusió. En sentit col·loquial no

[29] BOE núm. 17, de 20.1.2021.
[30] BOE núm. 51, d'1.3.2022.
[31] BOE núm. 287, de 30.11.2007. Text consolidat disponible a: https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2007/11/16/1/con
[32] Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) no 1093/2010, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2014/17/oj
[33] BOE núm. núm. 65, de .16.3.2019.
[34] Directiva 2014/17/UE, atès 16

hi ha dubte que un producte com el que és objecte de la resolució que ara es comenta «garanteix» l'obligació, ja que comporta desplaçament possessori i percepció dels rendiments de l'immoble. Però en l'usdefruit en garantia o de seguretat la funció amortitzadora és tan clara que potser es correspon més a una modalitat de satisfacció del deute (de «pagament» en sentit vulgar) que no pas a una mesura, potser simplement de pressió, que asseguri el compliment. Tal vegada la Directiva tenia presents usdefruits propis d'altres sistemes que entren en joc justament en situacions d'incompliment, de l'estil de l'administració per a pagament dels art. 676 a 680 i 690 LEC, però sobre la base d'un acord previ al compliment, que constitueix la garantia. A més, al llarg de la Directiva es comprova que sempre contempla drets que comporten la realització de valor del bé (art. 18 i 28, per exemple), que no és el cas. Això mateix succeeix a la LCCI. Per aquest motiu, es pot argüir que aquests productes en queden al marge. De fet, es podria fins i tot defensar que, si se n'exclou la hipoteca inversa (art. 3.2, lletra *a,* de la Directiva i art. 2.4, lletra *f,* LCCI)[35], que en comportar la facultat de realització de valor pot tenir un impacte molt més gran en el patrimoni del deutor (o dels seus hereus), seria fins a cert punt paradoxal que s'hi comprengués l'usdefruit en garantia, que no la comporta. Això no obstant, el cert és que el Banc d'Espanya inscriu com a prestadors i intermediaris immobiliaris en el registre creat en aplicació de la Directiva 2014/17 i de la LCCI a entitats que ofereixen aquests tipus de productes[36]. Convé destacar que l'exclusió tindria conseqüències importants. Sense anar més lluny, el control notarial de transparència previst a l'art. 15 LCCI no regiria per a aquestes operacions i, per tant, tampoc no seria fiscalitzable a l'hora d'inscriure-les al registre de la propietat.

No hi ha dubte que el prestatari és un consumidor i, per aquest motiu, es pot plantejar la qüestió de si queda emparat per la LCC. L'operació encaixa en la definició àmplia de l'art. 3, lletra *a,* LCC, però cal tenir en compte que la lletra *k* del mateix precepte exclou els supòsits en què es requereix que el consumidor lliuri un bé de la seva propietat al creditor com a garantia de seguretat i la responsabilitat queda limitada a aquest bé. En el supòsit que ens ocupa, el consumidor lliura la possessió al creditor per tal que pugui cobrar allò que se li deu i la responsabilitat es limita tant que, segons models contractuals que es van poder consultar en el seu moment, únicament es farà valer sobre el rendiment que s'obtingui de llogar la finca, en un període de temps (llarg, però limitat). D'altra banda, l'import, com succeeix en el supòsit que origina la resolució aquí comentada, supera els 75.000 euros, de manera que l'aplicació de la LCC seria només parcial i no inclouria, pel que aquí interessa, el dret de desistiment (art. 4.5 LCC). La modificació de la Directiva 2008/48/EC[37] per part de la Directiva 2014/17/UE (art. 46) tampoc no és rellevant, atès que la finalitat d'aquests préstecs o crèdits no és la rehabilitació de l'immoble.

Per tant, aquestes operacions es troben en terra de ningú pel que fa a molts aspectes de la tutela de la persona consumidora. La qüestió de la informació pre-contractual està prou resolta

[35] Crítics, SIMÓN MORENO, *La optimización…* , pp. 147-150; ARNÁIZ RAMOS, «El principio de transparencia material y el control de su cumplimiento en las hipotecas inversas. Deficiencias regulatorias y propuestas de mejor», a: ANDERSON; ARROYO; APARICIO (eds.), *Cuestiones hipotecarias…* , cit., esp. p. 202; ANDERSON, «La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios y su previsible impacto en el derecho español, a: ARROYO AMAYUELAS; SERRANO DE NICOLÁS (Dirs.), *La europeización del derecho privado: cuestiones actuales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2016, pp. 52-55.

[36] Vegeu les dades actualitzades a 7.7.2022 a: https://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Particulares_y_e/registro-de-intermediarios/registro-de-intermediarios-de-credito-inmobiliario-y-prestamistas-inmobiliarios.html

[37] Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2008/48/2019-07-26

per mitjà de la LCC i el TRLDCU regeix sense dubte (per exemple, en matèria de clàusules abusives), però queden molts aspectes per atendre. Raó per la qual, segurament, els operadors combinen referències a totes les possibles normatives, com es comprova en aquesta resolució quant al dret de desistiment.

4.4. El dret de desistiment i el consentiment negocial

Tal i com ja s'ha avançat, a l'escriptura de crèdit i constitució de dret real d'anticresi s'hi va incloure una clàusula en virtut de la qual el prestatari podia desistir en un termini de catorze dies. La redacció del pacte és tributària de l'art. 28 LCC.

En la qualificació i després en el seu informe, la registradora considera que el consentiment prestat pel propietari de l'immoble no és definitiu, atesa l'existència del dret a desistir, i no es pot inscriure perquè no s'ha acreditat que no hagi fet ús d'aquest dret. Si s'hagués exercit, segons l'informe, el negoci hauria quedat sense efecte i «deixar sense efecte el contracte vol dir que es desfà l'eficàcia de tots els pactes, que el negoci jurídic no ha nascut mai i que el dret real no es pot inscriure en el registre de la propietat»; exercir el dret de desistiment «implicaria manca de consentiment» (relació de fets VI). En el mateix lloc, continuava afirmant que:

> «[E]l dret de desistiment contractual s'aplica per ministeri de la llei a tots els contractes relatius a crèdits immobiliaris amb consumidors, a partir de l'entrada en vigor de la Llei 5/2019, de 15 de març, de contractes de crèdit immobiliari (LCCI), la qual estableix que el desistiment del deutor està previst a la documentació precontractual i està reflectit a l'annex I, apartat 11, de la Fitxa Europea de Informació Normalitzada (FEIN). Aquest dret de desistiment comporta un període de reflexió abans de comprometre's a subscriure el préstec i pressuposa que el préstec encara no s'ha acceptat, fins que hagi transcorregut el període de reflexió, que compta des del moment en què el prestador entrega el contracte al prestatari. Si el prestatari exerceix el dret de desistiment, pot exercir el dret de cancel·lació del contracte de crèdit. La registradora considera també que el dret de desistiment pactat a l'escriptura té unes característiques anàlogues al que preveu la LCCI, que està imposat legalment, segons recorda l'escrit del recurs».

Aquesta darrera línia d'argumentació es rebat de manera molt sintètica a la resolució, per la qual cosa convé precisar que la Directiva 2014/17/EU va donar una alternativa als Estats Membres per tal de garantir que el consumidor tingués suficient temps per a reflexionar abans d'estar vinculat: o bé s'establia un període de reflexió previ a la conclusió del contracte, o bé s'establia un dret de desistiment, que opera un cop el contracte ja s'ha conclòs[38], o totes dues coses (art. 14.6 i Atès 23). Espanya, com la gran majoria d'integrants de la UE[39], va optar pel primer, de manera que en els contractes subjectes a la LCCI –i manca determinar si aquest ho està o no, tal i com s'ha comentat a l'apartat anterior– el consumidor no té dret a desistir, sinó que se li ha de garantir un període de reflexió abans no es trobi vinculat contractualment. Aquest parer l'expressa la DGDEJiM al final del segon apartat del fonament de dret únic (FD 1.2):

> «El dret de desistiment no comporta un període de reflexió abans de comprometre's a subscriure el préstec, ni pressuposa que el préstec encara no s'ha acceptat, fins que hagi transcorregut el

[38] Val a dir que l'art. 111-2, lletra *n*, del Codi de Consum de Catalunya, empra expressions que indueixen a confusió.

[39] Vegeu European Commission, Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union, Evaluation of the Mortgage Credit Directive (Directive 2014/17/EU): final report, Publications Office, 2020, https://data.europa.eu/doi/10.2874/41965, esp. pp. 37 i 150.

> període de reflexió, sinó que comporta un període de reflexió després de subscriure el préstec i, per tant, pressuposa l'acceptació del prestatari: la llei permet que, atès que hi ha un contracte de préstec –i precisament perquè hi és– el prestatari consumidor pot deixar-lo sense efecte i desvincular-se del contracte com si no s'hagués formalitzat.»

Des d'aquesta perspectiva, per tant, resulta clar que la legislació sobre crèdits immobiliaris no imposa el dret a desistir i, per tant, no procedeix comprovar res al respecte a l'hora d'inscriure. En tot cas, correspondria denegar l'accés als llibres si es detectessin irregularitats en el procediment de transparència que recullen els art. 14 i 15 LCCI, si aquesta norma es considera aplicable.

A la primera qüestió, és a dir, a considerar que el consentiment és incomplert quan hi ha dret a desistir, és a la que la DGDEJiM dedica més atenció. Partint de l'art. 28 LCC, el criteri, que es comparteix, es resumeix ja d'entrada (FD 1.1):

> «[E]l dret de desistiment és una facultat del prestatari consumidor que pot exercir o no, però que, si l'exerceix, ho ha de fer dins d'un termini de temps determinat; el transcurs d'aquest termini sense exercir el dret de desistiment provoca la pèrdua de la seva vigència. D'altra banda, aquest dret de desistiment fa referència a un contracte formalitzat, que produeix tots els efectes, i la conseqüència de l'exercici del dret de desistiment és precisament deixar sense efecte un contracte perfecte o existent i considerar-lo com si no s'hagués formalitzat. Ara bé, perquè aquesta conseqüència es produeixi i el contracte del qual es desisteix quedi sense efecte, la llei imposa al prestatari consumidor l'obligació de comunicar al prestador, per qualsevol mitjà que permeti deixar constància de la notificació, que ha exercit el dret de desistiment dins el termini de què disposa. Tot i que l'exigència d'aquesta comunicació no constitueix una obligació en sentit tècnic, sinó una càrrega personal que recau sobre el prestatari, posa de manifest que és aquest últim i no el prestador el que ha d'acreditar el desistiment i que s'ha produït dins de termini».

I, encara sobre la base de la mateixa norma, considera que (FD 1.3):

> «No es pot exigir al prestador o acreditant que demostri que no s'ha exercit el dret de desistiment, ja que – deixant de banda la impossibilitat de prova d'un fet negatiu– el que cal demostrar és el contrari, que el dret de desistiment s'ha exercit, i aquesta demostració incumbeix –per disposició legal– a qui té la facultat d'exercir aquest dret i qui, a més, se'n beneficia, en deixar sense efecte el contracte de crèdit ordinari amb garantia anticrètica.»

Acaba la resolució afirmant que si el prestatari hagués exercit el dret a desistir i ho hagués ocultat al prestador, hauria de fer valer els seus drets davant dels tribunals, cosa que segurament cal interpretar en el sentit que si hi hagués controvèrsia quant a si el dret a desistir s'ha exercit o no, s'hauria de dilucidar judicialment (mal es pot ocultar l'exercici del dret al prestador quan es requereix que se li comuniqui dins de termini; vegeu també, en general, l'art. 68 TRLGDCU).

5. Resolució de 18 de maig de 2022 (JUS/1528/2022; DOGC núm. 8677, de 27.5.2022). Drets d'adquisició preferent de l'Administració: immobles procedents d'execucions hipotecàries

5.1. Introducció

Una societat va adquirir la finca de què es tracta en una execució hipotecària el mes d'octubre de 2014 i el mes d'abril de 2015 la va vendre a una altra societat, en escriptura pública. L'adquisició de la venedora es va inscriure el març de 2021. El mes de novembre del mateix any, es va presentar per a la seva inscripció l'escriptura de compravenda de 2015. La qualificació va ser negativa, en considerar el registrador que la transmissió estava subjecta als drets de tanteig i retracte de l'Administració, d'acord amb el Decret llei 1/2015, de 24 de març[40], i la Llei 4/2016, de 23 de desembre[41]. Per tal de practicar la inscripció, considerava que calia la renúncia de l'Administració al dret que li atorga l'art. 2 del Decret llei 1/2015 o bé acreditar que havia transcorregut el termini que marca. La qualificació substitutòria va confirmar la nota.

El recurs es va basar en el fet que, quan es va atorgar l'escriptura, el Decret llei 1/2015 únicament preveia els referits drets d'adquisició preferent per a les àrees considerades de demanda residencial forta i acreditada, que es trobaven al Decret 75/2014, de 27 de maig, del Pla per al dret a l'habitatge. La localitat en qüestió no va estar inclosa en aquesta llista fins que es va aprovar la Llei 4/2016, de 23 de desembre, en l'annex de la qual ja apareixia.

5.2. Els drets d'adquisició de l'Administració en transmissions de finques procedents d'execucions hipotecàries: dret aplicable

La DGDEJiM comença per recordar que, en la seva redacció original, el Decret llei 1/2015 només es referia a primeres transmissions d'immobles procedents d'execucions hipotecàries[42], tal i com es va determinar en la Resolució de 21 de novembre de 2017[43], i que, a més, es trobessin en àrees de demanda residencial forta i acreditada (FD 1.1). L'escriptura de compravenda de què es tracta es va atorgar quan estava vigent aquesta normativa.

El Decret llei 17/2019, de 23 de desembre, de mesures urgents per millorar l'accés a l'habitatge[44] va estendre l'àmbit d'aplicació d'aquests drets quant a les transmissions afectades (ja no es tracta només de la primera, sinó també de les ulteriors) i també quant al territori afectat, que passa a ser tot Catalunya.

La primera qüestió és irrellevant a efectes de resoldre el recurs, atès que es tracta d'una primera transmissió. Tot i això, la DGDEJiM dedica el fonament de dret primer, apartat 4, a recordar la seva pròpia doctrina sobre la qüestió, establerta en la Resolució de 4 de febrer de 2021[45].

El que realment és objecte del recurs és determinar és si la data a tenir en compte per tal d'establir quin dret regeix una determinada transmissió a aquests efectes és la de l'atorgament de l'escriptura o la de la seva presentació al registre per a la seva inscripció. Com ja havia

[40] Decret llei 1/2015, de 24 de març, de mesures extraordinàries i urgents per a la mobilització dels habitatges provinents de processos d'execució hipotecària, DOGC núm. 6839, de 26.3.2015. Text consolidat disponible a: https://portaljuridic.gencat.cat/eli/es-ct/dl/2015/03/24/1

[41] Llei 4/2016, del 23 de desembre, de mesures de protecció del dret a l'habitatge de les persones en risc d'exclusió residencial, DOGC núm. 7276, de 29.12.2016. Text consolidat disponible a: https://portaljuridic.gencat.cat/eli/es-ct/l/2016/12/23/4

[42] Quant a la pluralitat de drets d'adquisició a favor de l'Administració que s'han anat establint durant els darrers anys, es pot veure la Resolució de 12.3.2020 (JUS/743/2020, DOGC núm. 8090, de 20.3.2020) i el seu comentari a 2 *InDret* (2020), apartat 2.3.

[43] JUS/2800/2017, DOGC núm. 7512. Comentada per ANDERSON a 2 *InDret* (2018).

[44] DOGC núm. 8032, de 30.12.2019. Text consolidat disponible a: https://portaljuridic.gencat.cat/eli/es-ct/dl/2019/12/23/17

[45] JUS/293/2021, DOGC núm. 8341, de 15.2.2021. Comentada per ANDERSON a 2 *InDret* (2021).

succeït en la Resolució d'11 de juny de 2020[46], en un supòsit en què el dret d'adquisició de l'Administració sorgia pel fet d'haver-se venut un edifici (gairebé) sencer, la DGDEJiM considera que el principi d'irretroactivitat de les normes impedeix aplicar a una transmissió realitzada l'any 2015 una normativa que no va existir fins el 31 de desembre de 2019.

El criteri, doncs, es consolida, potser perquè, en definitiva, es tracta de restriccions clares al dret de propietat. Convé tenir present, però, que no s'aplica la mateixa regla quant a altres operacions, segurament degut a la seva naturalesa, que es concep com a purament registral, com pot ser la segregació[47].

6. Bibliografia citada

Rafael ARNÁIZ RAMOS (2019), «La movilización de activos inmobiliarios de personas mayores», *IDIBE,* 13.6.2019, disponible a: https://idibe.org/tribuna/la-movilizacion-activos-inmobiliarios-personas-mayores/

Rafael ARNÁIZ RAMOS (2021), «El principio de transparencia material y el control de su cumplimiento en las hipotecas inversas. Deficiencias regulatorias y propuestas de mejora», a: M. ANDERSON; E. ARROYO; A. APARICIO, (dirs.), *Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho de la Unión Europea*, Decanato de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de Cataluña/Marcial Pons, Madrid et al., pp. 195-216.

Miriam ANDERSON (2021), «Fórmulas anticréticas para financiar la dependència», a: M. ANDERSON; E. ARROYO; A. APARICIO, (dirs.), *Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho de la Unión Europea*, Decanato de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de Cataluña/Marcial Pons, Madrid et al., pp. 161-194.

Miriam ANDERSON (2016), «La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios y su previsible impacto en el derecho español, a: E. ARROYO AMAYUELAS; A. SERRANO DE NICOLÁS (dirs.), *La europeización del derecho privado: cuestiones actuales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 45-64.

Miriam ANDERSON (2013-2022), «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques (i Mediació)», 1 *InDret* (2013), disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/948.pdf; 1 *InDret* (2015), disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1111_cat.pdf; 3 *InDret* (2015), disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1161_cat.pdf; 1 *InDret* (2018), disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2018/03/1374-1.pdf; 2 *InDret* (2018), disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2018/07/1383.pdf; 4 *InDret* (2019), disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2019/12/1494.pdf; 1 *InDret* (2020), disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/1517-2.pdf; 2 *InDret* (2020), disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2020/04/1540.pdf; 3 *InDret* (2020), disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1567.pdf; 2 *InDret* (2021), disponible a:

[46] JUS/1367/2020, DOGC núm. 8158, de 19.6.2020. Comentada per ANDERSON a 3 *InDret* (2020).

[47] Vegeu les Resolucions de 17.7.2009 [JUS/2383/2009, DOGC. núm. 5458, de 4.9.2009; comentada per MARSAL GUILLAMET a 4 *InDret* (2009)], de 18.12.2009 [JUS/3883/2009, DOGC. núm. 5557, d'1.2.2010; comentada per MARSAL GUILLAMET a 2 *InDret* (2010)]; de 13.4.2012 [JUS/901/2012, DOGC núm. 6130, de 17.5.2012; comentada per ANDERSON a 1 *InDret* (2013)] i de 4.12.2019 [JUS/3525/2019, DOGC núm. 8030, de 24.12.2019; comentada per ANDERSON, a 1 *InDret* (2020)]

https://indret.com/wp-content/uploads/2021/04/1632-1.pdf. 1 *InDret* (2022), disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2022/01/1688_.pdf

Ferran BADOSA COLL (2012), «Les garanties reals en el CCCat», a: M.E. LAUROBA LACASA (dir.); J. TARABAL BOSCH (coord.): *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Marcial Pons, Madrid, pp. 157-190.

EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR FINANCIAL STABILITY, FINANCIAL SERVICES AND CAPITAL MARKETS UNION (2020), Evaluation of the Mortgage Credit Directive (Directive 2014/17/EU): final report, Publications Office, a: https://data.europa.eu/doi/10.2874/41965

Joan MARSAL GUILLAMET (2009), «Comentari a l'art. 426-59», a: J. EGEA FERNÁNDEZ; J. FERRER RIBA (dirs.), *Comentaris al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions,* vol. I, Atelier, Barcelona, p. 740-745.

Joan MARSAL GUILLAMET (2007-2011), «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques», 2 *InDret* (2007), disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/434_ca.pdf; 4 *InDret* (2009), disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/675_cat.pdf; 2 *InDret* (2010), disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/735_cat.pdf; 4 *InDret* (2010), disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/772_cat.pdf; 2 *InDret* (2011), disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/810_cat.pdf.

Héctor SIMÓN MORENO (2018), *La optimización de la hipoteca inversa desde la perspectiva europea y norteamericana*, Tirant lo Blanch, València.

InDret
3.2022

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal

Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallès[*]

El triaje en el contexto de las decisiones de vida contra vida. Comentario a la decisión del Tribunal Constitucional alemán (BVerfg) de 16 de diciembre de 2021 (*1 BvR 154/20 = JZ 2022*), por Eric HILGENDORF (trad. Leandro DIAS)

Sobre la defensa del patrimonio de la empresa como causa de justificación para lesionar la intimidad laboral. Comentario a la STS 328/2021, de 22 de abril, por José R. AGUSTINA SANLLEHÍ

La omisión del deber de socorro y el nuevo art. 382 *bis* CP. Comentario a la STS 167/2022, de 24 de febrero, por Oriol MARTÍNEZ SANROMÀ

Prisión por deudas y carácter fragmentario del Derecho penal. Comentario a la STC 32/2022, de 7 de marzo, por Matías BELMONTE PARRA

-

[*] La *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* publica comentarios de sentencias recientes, con especial interés en aquellas que abordan cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho penal, la teoría del delito y los conceptos comunes de la parte especial. Los autores interesados en publicar un comentario pueden ponerse en contacto con el coordinador de la sección en ramon.ragues@upf.edu.

InDret
3.2022

El triaje en el contexto de las decisiones de vida contra vida*

Comentario a la decisión del Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) del 16 de diciembre de 2021 (1 BvR 154/20 = JZ 2022)

Eric Hilgendorf
Universität Würzburg
hilgendorf@jura.uni-wuerzburg.de

-

1. Introducción a la problemática del triaje y de las decisiones de vida contra vida

La pandemia de Corona ha puesto el tema del «triaje» en la agenda. Frente a un sistema sanitario sobrecargado, en Alemania también podrían darse situaciones en las que los médicos tengan que decidir cuál de varias personas necesitadas ha de recibir un tratamiento apto para salvarle la vida. Sin embargo, a menudo se pasa por alto el hecho de que en la medicina de catástrofes y emergencias, y también en otros contextos médicos (por ejemplo, en la asignación para trasplantes de órganos vitales), las situaciones de triaje se producían ciertamente antes del Coronavirus. Por consiguiente, quizá sería mejor decir que la pandemia ha hecho más visible la existencia de estos escenarios de selección y priorización.

La filosofía del Derecho y la teoría del Derecho penal se ocupan de las «decisiones de vida contra vida» desde la antigüedad. Sólo hay que pensar en la tabla de Carnéades, en los casos de canibalismo en alta mar de los siglos XVIII y XIX, y en el caso de Hans WELZEL en relación con el tratamiento penal de los asesinatos de enfermos mentales durante el nacionalsocialismo, que en el mundo anglosajón se ha convertido en uno de los problemas más tratados en la filosofía práctica bajo la denominación «*trolley problem*». Otros ejemplos son el debate sobre la Ley de Seguridad Aérea y el dilema de la conducción autónoma. Probablemente sólo haya unos pocos ámbitos que hayan sido tratados de forma comparativamente tan diferenciada por la filosofía del Derecho, la teoría de los derechos fundamentales y la dogmática del Derecho penal.

Ya existe una gran cantidad de bibliografía recientemente publicada sobre el problema del triaje. Sólo en los últimos meses han aparecido numerosos ensayos al respecto desde la perspectiva de la filosofía del Derecho y del Derecho penal[1], así como dos recopilaciones en las que se examina

* Traducción de Leandro Dias (Universität Würzburg) de publicación original: HILGENDORF, «Anmerkung», *JuristenZeitung*, (77-3), 2022, pp. 153-156.

[1] Referencias en FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 69ª ed., 2022, Vor § 32 nº m. 11a.

el problema desde una perspectiva interdisciplinaria[2]. La cuestión de qué criterios pueden o deben desempeñar un papel en la selección de los pacientes que han de ser salvados es especialmente controvertida.

2. La decisión del BVerfG del 16/12/2021

En su decisión del 16 de diciembre de 2021, el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) tuvo que abordar principalmente la cuestión de si el legislador está obligado a mejorar la protección contra la discriminación de las personas con discapacidad en las situaciones de triaje[3]. Las afirmaciones centrales del BVerfG pueden resumirse así: «Si las personas discapacitadas están en desventaja en cuanto a los recursos de tratamiento», el deber de protección del Estado según el art. 3, párr. 3, oración 3, Ley Fundamental (GG), «se condensa» en una obligación concreta de actuar. Sin embargo, el legislador «aún no ha tomado suficientes precauciones para proteger a los recurrentes de forma efectiva contra dicha desventaja». A la hora de decidir cómo debe cumplirse el requisito de protección del art. 3, párr. 3, oración 3, GG, el Estado dispone de un considerable «margen de apreciación, evaluación y diseño». En particular, el Estado puede decidir «si especifica por sí mismo los estándares materiales para la decisión de distribución de cuidados intensivos o si toma otras precauciones para proteger eficazmente contra la discriminación»[4].

El Tribunal menciona, como criterio central para legitimar la asignación de recursos en situaciones de triaje, a la «perspectiva clínica de éxito». Esta es definida, siguiendo las recomendaciones profesionales de la Asociación Interdisciplinaria Alemana de Cuidados Intensivos y Medicina de Emergencia (DIVI)[5], como la «probabilidad de sobrevivir a la enfermedad actual mediante cuidados intensivos»[6]. La probabilidad de sobrevivir a la enfermedad actual no sería solo uno de los varios criterios de selección permisibles para la distribución de los recursos escasos de tratamiento, sino que el Tribunal afirma que «la decisión debe ser tomada únicamente en función de la probabilidad de supervivencia actual y a corto plazo»[7].

Con la exigencia de que las personas discapacitadas no pueden ser discriminadas en las decisiones de triaje, el Tribunal parece estar discutiendo contra un hombre de paja. Habría que preguntarse si este principio debería ser concretado con medidas legales adicionales y quedar aún más claro para los profesionales de la medicina. El Tribunal, con el asesoramiento de los expertos, ha considerado como plausible el riesgo de discriminación de las personas discapacitadas[8]. El hecho de que ahora se vaya a producir una regulación del triaje debe ser bienvenido en principio sólo por esta razón. Sin embargo, la decisión del BVerfG es

---

[2] HÖRNLE/HUSTER/POSCHER (eds.), *Triage in der Pandemie*, 2021, *passim*; HILGENDORF/HOVEN/ROSTALSKI (eds.), *Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft*, 2021, *passim*. En la literatura filosófica, cf. sobre todo MANNINO, *Wen rette ich–und wenn ja, wie viele? Über Triage und Verteilungsgerechtigkeit*, 2021, *passim*.

[3] BVerfG, Beschluss v. 16. 12. 2021 – 1 BvR 1541/20., *JuristenZeitung,* (77-3), 2022, pp. 145, 148, nº m. 87.

[4] BVerfG, *JZ*, (77-3), 2022, pp. 145, 150, nº m. 108.

[5] DIVI, *Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie*, Version 2, 2020, p. 6, disponible en https://www.divi.de/joomlatools-files/docman-files/publikationen/covid-19-dokumente/200417-divi-covid-19-ethik-empfehlung-version-2.pdf.

[6] BVerfG, *JZ*, (77-3), 2022, pp. 145, 151, nº m. 116.

[7] BVerfG, *JZ*, (77-3), 2022, pp. 145, 152, nº m. 123.

[8] BVerfG, *JZ*, (77-3), 2022, pp. 145, 147 s., nº m. 68 ss.

asombrosamente poco compleja y ni siquiera empieza a hacer justicia al estado de la discusión sobre las «decisiones de vida contra vida» en general y sobre el triaje en particular. Incluso bajo la premisa de que el Tribunal sólo tenía que decidir sobre las cuestiones planteadas en la acción de inconstitucionalidad, habría sido perfectamente posible hacer algunas afirmaciones básicas sobre la estructura del problema del triaje y sus cuestiones materiales centrales, sin cuya comprensión difícilmente sea posible una regulación jurídica siquiera medianamente sostenible. Por el contrario, la decisión crea inseguridad jurídica e invita a peligrosos malentendidos.

3. Debilidades de la decisión

En la literatura se distinguen los grupos de casos de triaje *ex ante*, triaje *ex post* y triaje preventivo[9]. También se podría añadir el grupo de casos de triaje «suave»[10]. La situación de triaje *ex ante* se caracteriza por el hecho de que dos o más personas compiten por la asignación de un recurso que salva vidas y que no está disponible en cantidades suficientes, por ejemplo, un respirador. En el Derecho penal, donde este grupo de casos se ha discutido con especial intensidad, el caso se resuelve mediante la figura de la colisión de deberes justificante: si compiten entre sí dos o más deberes de actuar, que no pueden cumplirse en su totalidad, el médico está justificado si cumple el mayor número posible de deberes de mayor rango. Si los deberes tienen igual rango, puede elegir qué deberes cumple[11]. La igualdad de prelación de los deberes viene determinada sobre todo por la prioridad del bien jurídico protegido en cada caso, pero también por la urgencia, es decir, la probabilidad de que se produzca una violación del bien jurídico sin una asignación de recursos. Además, hay otros factores que pueden influir.

No es convincente la opinión del Tribunal Constitucional, que no es fundamentada en detalle, de que sólo pueden influir las perspectivas clínicas de éxito en el caso concreto, es decir, la probabilidad de supervivencia a corto plazo. Por un lado, se debería haber discutido si el hecho de basarse exclusivamente en este criterio no podría considerarse una discriminación (indirecta) contra las personas discapacitadas, ya que en particular las personas discapacitadas y de edad avanzada suelen tener peores perspectivas clínicas que los jóvenes sanos. Sin embargo, centrarse únicamente en el criterio de las perspectivas clínicas de éxito, entendidas como la probabilidad de supervivencia a corto plazo, tampoco es convincente por otras razones. Por ejemplo, ¿cómo deben ser tratados los casos en los que dos pacientes —P1 y P2— tienen la misma probabilidad de supervivencia a corto plazo según las conclusiones de los médicos que realizan el tratamiento, pero es muy probable que P1 luego pueda continuar su «antigua vida» sin ningún cambio notable, mientras que P2 tendría que vivir con una nueva y considerable carga adicional, por ejemplo, una capacidad física muy limitada? Por consiguiente, el hecho de que un paciente estuviera discapacitado antes de que se produjera la situación de triaje no es directamente relevante aquí, pero sí lo es la cuestión de si se producirán nuevas dificultades físicas, posiblemente muy graves. Tampoco se trata de si esas dificultades deben tenerse en cuenta, sino de si pueden tenerse en cuenta en casos extremos. La redacción del Tribunal Constitucional excluye ambas cosas.

---

[9] MERKEL/AUGSBERG, «Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen», *JuristenZeitung*, (75-14), 2020, pp. 704 ss.

[10] Una decisión de triaje «suave» se produce cuando se toma una decisión sobre la asignación de recursos médicos vitales y es evidente que la asignación a un beneficiario provocará en un futuro previsible que otro beneficiario, también necesitado, no pueda recibir atención. Un ejemplo es la asignación de camas de cuidados intensivos.

[11] Se discute si es completamente libre de hacerlo; véase FISCHER, *StGB*, 2022, Vor § 32 n.º n. 11a. Correctamente, la discreción debe someterse al menos a un control negativo.

Si se reconoce que las nuevas dificultades físicas pueden desempeñar un papel, al menos ante la misma probabilidad de supervivencia a corto plazo, entonces se plantea la cuestión adicional de hasta qué punto se debe tener en cuenta la probabilidad de que se produzcan esos daños indirectos. En este contexto, habría que tener en cuenta —y este factor no se ha tenido suficientemente en cuenta en el debate hasta ahora, por lo que sé— que las posibilidades médicas de reconocer y predecir el curso de las enfermedades aumentan de forma constante. Por tanto, pronto será posible en muchos casos hacer pronósticos viables sobre el destino futuro de los pacientes. Sin embargo, si se toma la palabra del BVerfG, esto no debería influir, ya que sólo debería tratarse de la posibilidad de supervivencia a corto plazo. La opinión del Tribunal no me parece convincente, sobre todo porque el BVerfG ni siquiera intenta justificarla. La referencia a las directrices de las asociaciones médicas no es suficiente. Teniendo en cuenta que el criterio en cuestión es el núcleo de todo el problema del triaje, el ascetismo argumental del BVerfG es más que sorprendente.

El segundo grupo de casos establecidos de triaje es el triaje *ex post*. En este caso, también dos o más personas, llamémoslas P1 y P2, compiten por un recurso vital, como el respirador ya mencionado. Sin embargo, en el triaje *ex post*, P1 ya está conectado al respirador y asignarle el respirador a P2 requeriría desconectar a P1. Si la desconexión de P1 provocase la muerte de P1, se trataría de un homicidio por medio de un actuar activo. Por consiguiente, la causa de justificación aquí no sería la colisión de deberes justificante, sino a lo sumo un estado de necesidad justificante[12]. Sin embargo, la opinión aún claramente imperante, al menos en la dogmática del Derecho penal, rechaza la justificación en las «constelaciones de vida contra vida» con el argumento de que una vida no puede ser «esencialmente» superior a otra, como exige el § 34 StGB[13]. Otros aspectos como la edad de las personas afectadas, su género, el color de su piel o su religión no pueden influir, según la opinión dominante.

Sin embargo, lo mismo ocurre con el grado de probabilidad de supervivencia a corto plazo utilizado por el BVerfG. Una persona que ya está conectada al aparato de salvamento se encuentra en una posición relativamente segura y no puede ser obligada por el derecho a renunciar a esta posición en favor de otra[14], aunque sus probabilidades de supervivencia a corto plazo sean menores que las de un paciente recién ingresado. En el estado constitucional de libertades de la GG se establecen límites a las obligaciones de solidaridad de cada ser humano[15]. Nadie puede estar obligado a sacrificar su vida por otros, y por tanto tampoco puede ser conforme a Derecho sacrificar una vida por otra. Esto puede considerarse como una decisión humanista básica de nuestro sistema jurídico, que fue tomada bajo la impresión de los asesinatos a enfermos mentales durante el nacionalsocialismo[16]. La posición esbozada de la doctrina del Derecho penal se ve confirmada por varias decisiones del BVerfG, como la relativa a la Ley de Seguridad Aérea[17]. No es posible suponer que el BVerfG haya querido cambiar esta jurisprudencia. Sin embargo, es

---

[12] Esto también es controvertido, véase AST, «Die ex-post-Triage – Ein Blick auf die aktuelle Diskussion», en HILGENDORF/HOVEN/ROSTALSKI (eds.), *Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft*, p. 77 ss.

[13] Sobre el trasfondo de teoría del Derecho JOERDEN, «§ 39 Rechtfertigender Notstand», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, Vol. 2, 2020, pp. 525 ss., nº m. 35 ss.

[14] Esta cuestión también se discutió ampliamente en el debate sobre el dilema de de los vehículos autónomos.

[15] ERB, «§ 34 Rechtfertigender Notstand», en ERB/SCHÄFER, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch-StGB*, Vol. 1, 4ª ed. 2020, pp. 1785 ss., nº m. 144: «límite absoluto del deber de la víctima».

[16] HILGENDORF, «Dilemma-Probleme beim automatisierten Fahren», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (130-3), 2018, pp. 674 ss., 685, 691.

[17] BVerfGE, t. 133, p. 241

sorprendente que el Tribunal ni siquiera mencione la idea, no del todo descabellada, de que se produciría una contradicción entre el criterio de triaje que ha emitido y su propia jurisprudencia anterior. Este silencio puede interpretarse, si se hace una interpretación caritativa de la decisión, en el sentido de que el Tribunal no quiso hacer comentarios sobre el triaje *ex post*.

4. Consideraciones adicionales

En este punto, es posible realizar una breve profundización del problema. A menudo se afirma que una vida no debe ser ponderada contra otra vida. El BVerfG también hace hincapié en este principio en la decisión que aquí se comenta[18]. En relación con esto, también se subraya que dos o más vidas no pueden «pesar»[19] más que una vida. El siguiente caso muestra que esta posición es problemática: en una situación de triaje *ex ante*, tres pacientes son admitidos al mismo tiempo. P1 y P2 podrían ser tratados en paralelo con el único respirador disponible, P3 solamente si tiene a disposición plena el único respirador. ¿Puede influir el hecho de que se salven dos vidas si se elige tratar a P1 y P2, y sólo una si se elige P3?

La intuición de la mayoría de la gente sería conectar P1 y P2 y dejar morir a P3, porque así se puede salvar un mayor número de vidas. Sin embargo, si se decide de esta manera, no sólo se ha ponderado una vida contra otra, sino que también se ha tenido en cuenta el factor cuantitativo y se le ha dado preferencia al mayor número de las salvadas[20]. Si se considera que la vida humana es un valor máximo de la Constitución, entonces esta posición debería merecer preferencia. La otra posición, que es sin excepción hostil a la ponderación y a la cuantificación, llevaría a la conclusión de que, normativamente hablando, da igual que se salve una sola persona o dos, cinco o cincuenta. Esto es contraintuitivo, al menos si hubiera sido posible salvar más vidas. En conclusión, puede decirse que el principio repetido por el BVerfG de que una vida no debe ser ponderada frente a otra no solo contradice el criterio autoformulado de la probabilidad de supervivencia a corto plazo, sino que además no es en absoluto convincente en todas las situaciones. Esto también podría haber sido una razón para que el Tribunal trabajara el problema más a fondo.

Un tercer grupo de casos de triaje es el triaje preventivo. Se refiere a la práctica de no conectar a determinadas personas, por ejemplo, ancianos o discapacitados, a equipos que salvan vidas y que no están disponibles en número suficiente, con el fin de mantener las máquinas libres para personas más jóvenes y sanas, cuando existe el riesgo de que el sistema sanitario esté sobrecargado y, en particular, cuando hay riesgo de escasez de recursos. Esta práctica podría conciliarse con el principio establecido por el BVerfG de optimizar la probabilidad de supervivencia a corto plazo, si se pudiese garantizar en el triaje preventivo que esas personas, que tienen una baja probabilidad de supervivencia a corto plazo, quedarían excluidas del tratamiento desde el principio. Por otro lado, esa «selección preventiva» sería claramente antijurídica según la concepción tradicional del Derecho y sería punible como omisión de auxilio u homicidio por omisión. Cabe suponer que el BVerfG tampoco se refería a este grupo de casos.

---

[18] BVerfG, *JZ*, (77-3), 2022, pp. 145, 153 nº m. 128

[19] Una aclaración de teoría del Derecho de la muy vaga «metáfora de la balanza», tal y como aparece en el discurso de la «ponderación», el «interés predominante», etc., es un desiderátum urgente, no sólo en el debate sobre las decisiones de vida contra vida.

[20] HILGENDORF, *ZStW*, (130-3), 2018, pp. 674 ss. (696).

5. Tareas *de lege ferenda*

A pesar de las lagunas argumentales de la decisión del BVerfG, que apenas se insinúan aquí, el poder legislativo no tendrá más remedio que regular el triaje por ley[21]. ¿Cómo podría ser una solución legislativa? Una normativa legal debe cumplir principalmente los requisitos de la GG, como intentó precisar el BVerfG en su decisión del 16/12/2021. Además, una nueva solución jurídica debe encajar en la estructura dogmática del Derecho penal, si lo que se busca es una solución basada en el Derecho penal. Además, la solución propuesta debe ser practicable, es decir, los médicos deben poder ejecutarla de forma razonable. Por último, es deseable, aunque no absolutamente necesario, que la regulación del triaje esté en consonancia con la moral social y sea lo suficientemente transparente y comprensible como para que pueda ser aceptada por la población.

Para cumplir con estos requisitos, tiene sentido seguir los enfoques jurídicos expuestos hasta ahora para las situaciones de triaje. Según la opinión dominante, el triaje *ex ante* debe ser resuelto a través de la figura jurídica de la colisión de deberes justificante[22]. Si existen dos deberes de actuar de igual rango, basta con que se cumpla uno de ellos para estar justificado. El «peso» de los deberes de actuar depende principalmente del bien jurídico en juego en cada caso. Por tanto, si es necesario conectar a dos personas igualmente necesitadas de ayuda a un dispositivo de salvamento, los deberes de actuación son en principio equivalentes.

Si sólo puede cumplirse uno de dos deberes de igual rango, el médico debe decidir cuál de los dos debe cumplirse. A esto le precede el examen sobre si los deberes son realmente de igual rango. En muchos casos, no está claro qué motivos guían realmente la decisión, ya que los motivos, al igual que las intenciones y otras formas de dolo, son fenómenos psicológicos internos y a menudo son difícilmente reconocibles sin la ayuda del responsable de la decisión. Teniendo en cuenta que cada urgencia médica es diferente en sus detalles, sería presuntuoso que el legislador quisiera elaborar una lista positiva de criterios de decisión jurídicamente vinculantes para las situaciones de triaje *ex ante* que, además, pueden entrar en conflicto entre sí en casos individuales sin que el legislador pueda hacer una valoración previa. Más bien, estas decisiones deben ser dejadas en manos de los profesionales médicos que conocen el caso individual y pueden juzgarlo adecuadamente. La ley debería limitarse a una revisión negativa[23] y sólo rechazar las decisiones médicas que sean obviamente equivocadas, por ejemplo, si la decisión contradice los hechos médicos del caso concreto, viola la prohibición de discriminación del art. 3, párr. 1, GG[24] o luce arbitraria y obviamente equivocada por otros motivos. La decisión de no tratar a una persona discapacitada únicamente por su discapacidad entra claramente en la categoría de injustificable porque viola el valor del art. 3, párr. 3, GG. Un problema dogmático importante, que no es necesario discutir aquí en detalle, es qué aspectos deben ser tenidos en

[21] HILGENDORF, «Triage, Recht, und Ethik», en HILGENDORF/HOVEN/ROSTALSKI (eds.), *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, 2021, pp. 165 ss.

[22] Véase *supra* 3.

[23] HILGENDORF, «Recomendaciones de triaje en la crisis del Coronavirus. No importunar a los médicos con cuestiones jurídicas», *En Letra: Derecho Penal*, año VI, (10), 2020, pp. 22 ss.

[24] BVerfG, *JZ*, (77-3), 2022, pp. 145, 148 s., nº m. 95 describe las directrices mencionadas como una «decisión valorativa objetiva», que también pretende ser válida en el Derecho médico.

cuenta a la hora de determinar la equivalencia de rango de los deberes de actuar, y cuáles sólo deben abordarse en la revisión de la discrecionalidad[25].

Por cierto, los médicos deberían seguir siendo libres en su decisión en el triaje *ex ante* y sólo deberían guiarse por su conciencia y por las directrices médicas. A este respecto, puede establecerse un paralelismo con la libertad terapéutica de los médicos: el Derecho también les concede considerables poderes discrecionales a los profesionales de la medicina a la hora de decidir una terapia. Probablemente no haya ninguna otra profesión con un debate ético interno tan intenso y que también se refleja en el Derecho profesional de la medicina. Una imposición de una regulación jurídica podría dañar el *ethos* médico[26]. Por supuesto, en muchos casos es discutible si ciertos criterios de decisión en el triaje siguen siendo aceptables o ya son arbitrarios. Esto se aplica, por ejemplo, a la consideración directa de la edad[27], en la medida en que no afecte la probabilidad de supervivencia u otros criterios de selección reconocidos, o (en los casos de Coronavirus) la consideración del estado de vacunación[28]. Hay mucho que decir a favor de no regular estas cuestiones por ley, sino de esperar a que la ciencia las aclare. Esto hace que sea aún más importante contar con normas de procedimiento, como las propuestas por el BVerfG[29].

6. Defensa de la prohibición de las compensaciones en el triaje *ex post*

En los casos de triaje *ex post* y de triaje preventivo, el criterio de probabilidad de supervivencia a corto plazo mencionado por el Tribunal Constitucional no es aplicable como criterio de selección del triaje, aunque en las directrices de la DIVI se declare expresamente posible el triaje *ex post* utilizando el criterio de probabilidad de éxito clínico[30]. Tal práctica conduciría a considerables distorsiones en la dogmática y en la ética jurídica y contradiría la idea básica del «humanismo jurídico», que excluye fundamentalmente la «compensación» de posiciones vitales[31]. Es obvio que esto pondría en peligro a las personas mayores y discapacitadas en particular, cuyas perspectivas clínicas de éxito suelen ser peores que las de los jóvenes sanos.

---

[25] Un enfoque podría ser incluir en la comprobación de la igualdad de trato los puntos de vista que deben tenerse en cuenta, y en el control discrecional buscar los puntos de vista «injustificables» en forma de control negativo.

[26] DI FABIO, *Corona-Bilanz*, 2021, p. 49 s.

[27] A favor, p. ej., HOVEN, «Die »Triage«-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft», *JuristenZeitung*, (75-9), 2020, pp. 449 ss. (451); MANNINO, *Wen rette ich–und wenn ja, wie viele?*, 2021, pp. 59 ss.

[28] Al respecto HÖRNLE, «Por qué el estado de vacunación puede desempeñar un papel en el triaje después de todo», *En Letra: Derecho Penal*, (13), 2022 (en prensa).

[29] BVerfG, *JZ*, (77-3), 2022, pp. 145, 153, nº m. 128.

[30] DIVI, *Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie*, 2020, p. 8.

[31] Véase *supra* 3.

InDret
3.2022

Sobre la defensa del patrimonio de la empresa como causa de justificación para lesionar la intimidad laboral

Comentario a la STS 328/2021, de 22 de abril

José R. Agustina Sanllehí
Universitat Abat Oliba CEU
jagustinas@uao.es

-

1. Introducción

Con cierta frecuencia, en las demandas por despido el objeto de discusión se ha venido centrando en que las empresas utilizan como prueba evidencias obtenidas ilícitamente en el ordenador del trabajador. Dicha obtención se dirige a acreditar un uso de las herramientas de trabajo con finalidad extralaboral o, en ocasiones, alguna conducta abusiva o desleal por parte del empleado (por ejemplo, la revelación de secretos empresariales). En defensa de sus intereses, el trabajador despedido suele alegar la nulidad de la prueba por violación del derecho a la intimidad (art. 11 LOPJ), cuestión procesal que, desde la década de 1990, ha dado lugar a una evolución jurisprudencial compleja y titubeante[1]. Durante varias décadas, el centro del debate jurídico se situaba en si regía en el entorno laboral, con idénticas garantías y excepciones, el sacrosanto secreto (formal) de las comunicaciones (art. 18.3 CE), solo dispensable previa autorización judicial, y si la expectativa razonable de intimidad (material) del empleado (art. 18.1 CE) podía reducirse hasta su eliminación mediante una comunicación previa por parte de la empresa o, por el contrario, existía un deber de tolerar un uso privado, si bien moderado, de dichos canales por parte de los empleados.

Es difícil sintetizar toda la discusión, predominantemente laboral y constitucional, acerca de los requisitos que debe observar la empresa para que se considere ajustada a derecho la injerencia en el ordenador y en los canales de información y comunicación del empleado. Por lo que aquí interesa, desde 2007[2] se inició una tendencia en la jurisdicción social, avalada después por el Tribunal Constitucional, que vino a reducir las exigencias formales y materiales hasta llegar a entender que bastaba con que el trabajador esté *de algún modo* en preaviso frente a eventuales controles. Con esa expresión (*de algún modo*) quiero enfatizar que, según esa evolución jurisprudencial, no era necesario que exista una comunicación expresa y directa, siendo perfectamente válido, a los efectos de anular toda expectativa razonable de privacidad, que tal preaviso se haya realizado de forma indirecta, implícita y/o remota.

[1] Para un análisis de la evolución jurisprudencial, véase VARGAS OVALLE/AGUSTINA SANLLEHÍ, «Garantías en la obtención de evidencias digitales y privacidad en el correo electrónico en el marco de investigaciones corporativas», *Justicia: revista de derecho procesal*, (1), 2020, pp. 457-512.

[2] En concreto, a partir de la STS, Social, de 26 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6128).

En efecto, pues, de acuerdo con una ya pacífica doctrina jurisprudencial laboral y constitucional (pero no penal), actualmente (1) la empresa no requiere de autorización judicial previa (porque es parte de la comunicación si esta tiene lugar a través de los instrumentos de trabajo facilitados por ella misma); y (2) los empleados ya no pueden alegar la existencia de una expectativa razonable de privacidad si se puede acreditar que, aunque sea en el convenio colectivo sectorial aplicable a dicha empresa, esta ha tipificado como infracción el uso extralaboral de las herramientas de trabajo. Obsérvese, por tanto, que ese preaviso basta con que sea indirecto e implícito: de la prohibición de dicha conducta se deriva el anuncio de un posible control; y que se presume que los trabajadores conocen el listado de infracciones de un convenio laboral negociado remotamente a nivel sectorial.

Sin embargo, tales criterios que, en caso de cumplirse, vendrían a legitimar el acceso al ordenador laboral, no han sido bien recibidos en la jurisdicción penal, sino todo lo contrario. Se han abierto por tal causa inquietantes problemas en la necesaria unidad y coherencia del sistema jurídico, provocando situaciones difícilmente asumibles en términos de seguridad jurídica. Se trata de contradicciones insoportables que han aflorado recientemente, en tanto que dicha cuestión (el acceso al ordenador y la posible ilicitud probatoria) ha merecido en los últimos años una mayor atención por parte de la jurisdicción penal. Y ello se ha debido, sin duda, a la irrupción de las investigaciones internas en la era del *compliance*, tras la introducción en 2010 y, sobre todo, a partir de 2015, tras la implementación efectiva de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En efecto, desde que existe la responsabilidad penal corporativa, los motivos para que las empresas estén vigilantes ya no obedecen solo al *poder de control* sobre el rendimiento ordinario de los empleados, sino que desde 2010 pesa sobre las empresas un especial *deber de prevenir e investigar* posibles conductas ilícitas en el ámbito de su competencia (poder-deber). Es cierto que, con anterioridad, a las empresas ya les eran exigibles ciertos deberes de vigilancia por causa de la posible responsabilidad civil de la empresa por conductas ilícitas de sus trabajadores. Sin embargo, el riesgo de incumplimiento de ese deber puede ser ahora, además, de naturaleza penal, con todo lo que ello comporta (también en cuanto a los costes reputacionales[3]).

Al problema descrito (nulidad probatoria) se suma que el trabajador despedido puede optar entre la mera impugnación de la prueba o, adicionalmente, la interposición de una querella contra el empresario por un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.1 CP, dándose lugar, de este modo, a "querellas cruzadas" y a una criminalización del conflicto laboral, escenario del que casi siempre tratará de huir la empresa, si es posible, mediante un acuerdo extraprocesal.

Así las cosas, se suscitan dos cuestiones que conviene separar analíticamente: tras la posible infracción (laboral o penal) del empleado, (1) se debe determinar la licitud o ilicitud probatoria de la misma y (2) la posible comisión de un delito por parte del empresario por intromisión ilegítima en la intimidad (art. 197.1 CP). Para resolver dichas cuestiones, los criterios que se empleen en la jurisdicción laboral y penal deberían resultar *a priori* compatibles, pues de lo contrario se podrían llegar a situaciones paradójicas en las que, por ejemplo, se considerara válida la prueba del despido en la jurisdicción social y con posterioridad se condenara al

[3] Al respecto, MONTANER FERNÁNDEZ, «Reputación corporativa y responsabilidad penal de la empresa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (1), 2018, pp. 181-200.

empresario por delito con base en la misma intromisión que permitió el acceso a dicha prueba. O se podría declarar ilícita la prueba del despido y, en cambio, considerar como lícita la prueba del delito cometido por el trabajador. ¿Puede una misma prueba ser lícita e ilícita para los órganos del Estado si recae sobre un mismo objeto? ¿Cabe enjuiciar con parámetros de licitud distintos una misma obtención de prueba dependiendo de la jurisdicción, sus fines u otros factores?

Ante semejante rompecabezas jurídico, la doctrina penal se ha ocupado de esta controversia[4], tratando de salir al paso de una cuestión que sigue necesitada todavía de una mayor seguridad jurídica. No obstante, en mi opinión, el problema de la confusión reinante en este concreto ámbito obedece a tres razones, como veremos: (1) la falta de una doctrina jurisprudencial sistemática y clarificadora sobre algunos elementos típicos del delito de descubrimiento y revelación de secretos; (2) la ausencia de una taxonomía de casos que ayude a diferenciar con rotundidad los distintos escenarios y los distintos tipos de accesos; y (3) la ausencia también de un desarrollo coherente de las posibles causas de atipicidad y justificación que, de forma unitaria, impida la adopción de decisiones contradictorias en las distintas jurisdicciones.

A todas estas cuestiones se refiere, sin hacerlas frente del todo y perdiendo así una oportunidad más, la STS 328/2021, Penal, de 22 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1486), ponente Manuel Marchena Gómez. Esta sentencia es el tercer y último pronunciamiento de la Sala 2ª del Tribunal Supremo sobre los requisitos que debe respetar la empresa para acceder al correo electrónico en el entorno laboral. En los dos antecedentes previos (STS 528/2014, Penal, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2844) y STS 489/2018, Penal, de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3754)) la controversia se limitó a las implicaciones procesales en la jurisdicción penal de que la prueba se hubiera obtenido de forma contraria a una expectativa razonable de privacidad por parte del empleado. Sin embargo, la STS 328/2021 constituye la primera ocasión en que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la cuestión sustantiva, condenando al empresario por un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.1 CP.

En estas líneas se pretende analizar sucintamente ambas cuestiones partiendo de la premisa siguiente. Existen tres escenarios completamente distintos: (1) aquellas empresas diligentes que, conocedoras de los riesgos derivados de un acceso sin preaviso al ordenador del trabajador, hayan eliminado de forma expresa cualquier atisbo de expectativa razonable de privacidad; (2) aquellas empresas que han permitido, mediante silencio o una relativa ambigüedad, la generación de un cierto espacio de intimidad o privacidad y, pese a ello, han accedido al ordenador del empleado para realizar un control ordinario sobre su prestación laboral o para investigar posibles infracciones de naturaleza estrictamente laboral; (3) aquellas empresas que, habiendo permitido, mediante una cierta ambigüedad, la generación de dicho espacio de intimidad, deciden llevar a

[4] La doctrina penal española se ha ocupado en extenso de esta cuestión, especialmente a partir de la irrupción del *compliance*, pero también antes. Entre otros, ALCÁCER GUIRAO, «Cumplimiento penal por la persona jurídica y Derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial», *Diario La Ley*, (8053), Sección Doctrina, 2013; ESTRADA CUADRAS/LLOBET ANGLÍ, «Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 197 ss.; NIETO MARTÍN, «Investigaciones internas, *whistleblowing* y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal», *Diario La Ley*, (8120), Sección Doctrina, 2013; GÓMEZ MARTÍN, «Compliance y derechos de los trabajadores», en MONTIEL/KUHLEN/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 125-146; AGUSTINA SANLLEHÍ, *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador*, 2009.

cabo una intromisión ilegítima sobre la base de una sospecha razonable de la comisión de un delito por parte del trabajador.

Es del todo relevante comprender que en esos tres escenarios posibles la naturaleza de la amenaza que supone la conducta del empleado es un factor clave. Su conducta puede suponer (1) una mera infracción contractual o, por el contrario, (2) una infracción jurídico-penal que por su gravedad suponga un riesgo al patrimonio empresarial en sentido amplio, de forma que esa situación permita u obligue (poder-deber) a la empresa a intervenir para evitar un mal mayor.

Y, en esa tesitura, la empresa puede hallarse ante dos riesgos en colisión, "*between the devil and the deep blue sea*". Con tal expresión, PORTER & GRIFFATON reflejan acertadamente el dilema ante el que se halla el empresario que se ve forzado a optar entre dos situaciones igualmente indeseables. Una explicación del origen del aforismo puede encontrarse en la mitología griega, en referencia al peligro descrito en la Odisea de Homero, cuando Ulises se halla atrapado entre Scylla (un monstruo de seis cabezas) y Charybdis (un remolino)[5]. En efecto, en determinados casos la empresa se puede ver abocada a decidir entre el deber de respetar la intimidad de un empleado desleal, sobre quien pesa una sospecha razonable de carácter penal (*deber de omitir*), o el deber de proteger el patrimonio administrado o las funciones de vigilancia propias de su posición en la empresa (*deber de actuar*)[6].

2. Análisis de la sentencia

2.1. Hechos enjuiciados, fallo y motivos de recurso

En la STS 328/2021, de 22 de abril, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por un empresario que resultó condenado por un delito de descubrimiento y revelación de secretos por haber accedido a los correos electrónicos (corporativo y personal) de uno de sus trabajadores, instalados en el ordenador proporcionado por la empresa, aportando determinados mensajes encontrados en tal dispositivo como pruebas al proceso penal contra el trabajador por un delito de hurto y otros. El concreto relato de hechos probados es el siguiente:

> Primero.- Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, era propietario y administrador único de la mercantil Años Luz de Iluminación y Vanguardia SL, sita en Madrid, dirigiendo el negocio empresarial que constituía su objeto. En dicha empresa trabajaba por cuenta ajena la hija del anterior, Mari Luz, mayor de edad y sin antecedentes penales.
>
> Segundo.- Para la citada mercantil trabajaba por cuenta ajena Octavio, en virtud de contrato laboral de fecha 7-1-04, con la categoría profesional de vendedor. Para el desarrollo de su trabajo tenía un ordenador, puesto a su disposición por la empresa, al que se accedía con una contraseña estandarizada, consistente en un prefijo numérico seguido del nombre, y un correo personal

[5] También podría utilizarse el aforismo «*Between a rock and a hard place*»: véase PORTER/GRIFFATON, «Between the devil and the deep blue sea: monitoring the electronic workplace», *Defense Counsel Journal*, (70-1), 2003, pp. 65-77.

[6] El conflicto de deberes que subyace a los problemas objeto de este comentario jurisprudencial puede analizarse en el marco de la discusión dogmática en distintos niveles. Como señala COCA VILA, frente al sector doctrinal todavía mayoritario que resuelve los conflictos de deberes en el ámbito de la justificación, un creciente sector doctrinal aboga por su resolución en el nivel de la tipicidad. En esencia, el argumento es siempre el mismo: un ordenamiento jurídico respetuoso con el principio del *impossibilium nulla obligatio* no puede dirigir a un ciudadano dos deberes de imposible cumplimiento cumulativo (COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tesis doctoral UPF, 2015, p. 74).

> corporativo. Las contraseñas y direcciones de correos corporativos eran conocidas por los demás trabajadores, que en ausencias o periodos vacacionales, entraban en los de otros compañeros, para consultar o reenviar correos, si resultaba necesario para el desempeño de su actividad.
>
> Tercero.- Debido a la caída de la cifra de negocio y a determinadas reclamaciones de clientes que recibía en relación con obras en las que no participaba la mercantil, Manuel sospechó que Octavio pudiera estar realizando o participando en dichas obras sin su conocimiento, utilizando además materiales de la empresa, por lo que en Julio del año 2013, accedió al ordenador del trabajador y a su correo corporativo, lo que repitió en los meses de Agosto, Septiembre, y Octubre, accediendo además al correo personal del trabajador, que éste había instalado en el ordenador, imprimiendo el día 5 de agosto determinados mensajes y correos electrónicos enviados o recibidos entre el 11-3-13 y el 26-6-13, que posteriormente aportó como prueba documental en las diligencias previas n° 1834/14 del Juzgado de Instrucción n° 50, iniciadas por querella del aquí acusado contra el trabajador mencionado por la comisión de delitos continuado de hurto y otros.
>
> Cuarto.- Con posterioridad a la baja voluntaria en la empresa de Octavio , que tuvo lugar el día 14-10-13, Mari Luz , accedió al correo corporativo del trabajador, por orden de su padre, con la finalidad de recabar todos los datos posibles de lo sucedido, sin que conste que accediera al correo personal dicho día o que éste siguiera instalado, ni que accediera en días anteriores, encontrándose el 5 de agosto de vacaciones.
>
> Quinto.- Octavio formuló demanda de despido ante la jurisdicción social, siendo desestimadas sus pretensiones tanto por el Juzgado de lo Social como por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid.

Tales hechos fueron fijados en la SJP 5, de Madrid, núm. 198/2019, de 10 de junio (ECLI:ES:JP:2019:4287), que ya condenó al acusado (al que el sistema de anonimización del CENDOJ denomina como Manuel), como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos. Esta condena fue recurrida en apelación ante la Sección 29ª de la Audiencia Provincial, que desestimó el recurso y confirmó íntegramente la resolución recaída en la instancia, dictando la SAP Madrid, Sección 29ª, núm. 535/2019, de 17 de octubre (ECLI:ES:APM:2019:15219). Contra dicha sentencia interpuso el acusado su recurso de casación, siendo de nuevo confirmada íntegramente la sentencia de instancia.

En los dos primeros motivos del recurso de casación se denunciaron, respectivamente, (1) la errónea inaplicación del error de prohibición (art. 14.3 CP) y (2) de la eximente de legítima defensa (art. 20.4 CP). En el tercer motivo se sostiene, por el contrario, la indebida aplicación del art. 197.1 del CP, motivo que se desdobla en dos alegaciones: (3) porque «falta el elemento intencional del delito, pues no se llevó a cabo para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sino para investigar su comportamiento ilícito y el daño que le estaba causando a su empresa»; y (4) porque «concurren en ella los criterios de idoneidad, proporcionalidad y necesidad, lo que determina que deba apreciarse la inexistencia del delito». Con este último submotivo, a decir del propio Tribunal Supremo, «[s]i bien se mira, lo que postula la defensa no es otra cosa que la concurrencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad vinculada al ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP)».

Como veremos a continuación, en la contestación a los dos primeros motivos de recurso el Tribunal Supremo apenas entró a valorar las cuestiones sustantivas de fondo amparándose en que algunas de las afirmaciones que se sostienen en el desarrollo de tales motivos «ofrecen una alternativa fáctica a lo que declara el relato de hechos probados, lo que supondría desbordar el

angosto cauce alegatorio que permite la denuncia casacional de error en el juicio de subsunción». Y, tras desestimarlos, se centró en la cuestión de la posible causa de justificación.

2.2. Los argumentos del Tribunal Supremo para sostener la condena del administrador y desestimar los motivos del recurso de casación

En cuanto el primer motivo (error de prohibición), aduce la defensa para justificar la exclusión de la culpabilidad que en los accesos no preavisados al empleado desleal, no distinguía el acusado entre los distintos tipos de correos (corporativos de empresa o particulares), sino que los vio y los utilizó únicamente como fuentes para obtener información sobre el daño que estaba sufriendo su sociedad. Añadiendo a continuación que la mejor prueba de que no era consciente del carácter ilícito de su conducta fue que él mismo entregó a sus letrados todos los correos de *gmail* que previamente había imprimido, para que éstos los incorporaran al procedimiento.

Tras referirse el Tribunal Supremo a la incondicional aceptación del juicio histórico proclamado por el legislador en el art. 849.1º LECrim, concluye sin mayores disquisiciones que el error de prohibición, como creencia errónea e invencible de estar obrando conforme a derecho, exige un soporte fáctico del que no hay asomo en el relato de hechos probados. La alteración de la culpabilidad que puede suponer esa representación errónea del agente acerca de la ilicitud del hecho ejecutado, no puede abandonarse a una deducción que el recurrente ofrece a la Sala, ahora en casación, para hacer decir al juicio histórico lo que los jueces de instancia no han dicho. No existe un solo fragmento en el *factum* que permita apoyar esa creencia errónea e invencible que pretende hacer valer la defensa. De hecho, citando los argumentos expuestos por la Audiencia, la defensa omitió, pudiendo hacerlo, referirse a ello en sus interrogatorios y, por ello, concluye: «nada se ha preguntado a los acusados sobre si entendían o no que podía acceder al correo personal del trabajador, siendo un hecho conocido que no cabe examinar los correos personales de otras personas, constitucionalmente protegidos».

En este punto parece obvio pensar que el administrador accedió a los correos electrónicos por iniciativa propia, no a resultas de una directriz emanada por sus letrados. En caso contrario, tal vez sí hubiera podido dar lugar a un posible error de prohibición en atención a que, ciertamente, no son en absoluto evidentes las "reglas del juego" en las que cabe o no revisar los correos electrónicos en el ámbito laboral. En ello discrepo de lo sostenido en la sentencia de que se trate de *un hecho conocido que no cabe examinar los correos personales de otras personas*. No se puede exigir a un directivo, en mi opinión, un conocimiento claro y distinto sobre una cuestión tan controvertida jurisprudencialmente y, por tanto, debe fiarse del criterio que le proporcionen sus abogados.

Respecto del segundo motivo (legítima defensa), el recurrente argumenta que la motivación que tuvo el acusado para entrar en el correo privado del querellante fue únicamente reaccionar frente a un comportamiento de su empleado que entendió delictivo respecto de la empresa que él gestionaba. La información que obtuvo al entrar en ese correo, sirvió de base para la querella criminal que presentó en el año 2014 contra dicho trabajador por los delitos continuados de hurto y otros. Esa querella, según se explica en la propia sentencia, se sigue ante el Juzgado de Instrucción número 20 de Madrid y continúa abierta a fecha de dictarse la sentencia.

La misma suerte le deparó a este segundo motivo, pese a los argumentos del recurrente, pues «la agresión ilegítima y la necesidad de defensa exigen un componente fáctico cuya ubicación no

puede ser otra que la que ofrece el relato de hechos probados. Y por más detenida que sea la lectura del factum fijado por el órgano jurisdiccional ante el que se desarrolló la prueba, no existe rastro alguno que permita respaldar el error en el juicio de subsunción en que habrían incurrido el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial».

El Tribunal Supremo transcribe los argumentos expuestos por la Audiencia en relación con la posible existencia de legítima defensa, en los que se concluyó que «desde luego no se aprecia la existencia de una agresión ilegítima contra los bienes», por cuanto «el empresario se ha limitado a indicar que existía un riesgo de perder la empresa, que estaba en una posición económica muy apurada, que se planteaba acordar despidos si no se revertía, y que sospechaba que algo pasaba. Sin embargo, aparte de sus manifestaciones, en relación con la situación económica de la empresa tan solo se ha acreditado, por un informe aportado al inicio del acto del juicio, el descenso de la cifra de negocios en un 19% en el año 2013. Tal dato aislado no resulta relevante, pues puede deberse a diversas causas, tanto voluntarias como involuntarias, y entre las que no puede descartarse la propia gestión empresarial o la existencia de una crisis económica en el sector de la construcción. No se han aportado las cuentas de la sociedad, al efecto de determinar si se operaba con pérdidas o con ganancias, ni documentación alguna en relación con la solicitud o preparación de un expediente de regulación de empleo».

Resulta ciertamente sorprendente, no obstante, que en el mismo relato de hechos probados se afirme en relación a las sospechas del acusado que estas se debieron, además de a la caída de la cifra de negocio, «a determinadas reclamaciones de clientes que recibía en relación con obras en las que no participaba la mercantil», y que fue por esta razón por la que el acusado «sospechó que Octavio pudiera estar realizando o participando en dichas obras sin su conocimiento, utilizando además materiales de la empresa». A todas luces, la inclusión de esta afirmación en el relato fáctico debería haber merecido una mayor argumentación por parte del Tribunal Supremo, sin que parezca del todo suficiente desestimar la concurrencia de legítima defensa por cuestiones meramente fácticas, como se hizo.

La ausencia de explicaciones ante ese tipo de reclamaciones (desde luego, anómalas y, en todo caso, perjudiciales para la empresa) sí podría, a juicio de quien escribe, constituir una sospecha razonable que bien pudiera justificar una medida de investigación interna no transparente, pero necesaria, idónea y proporcionada. Por "medida de investigación no transparente" me refiero a algún tipo de medida intrusiva de carácter oculto para la persona observada y en cuya implementación se omite el deber general de informar previamente a los trabajadores ante medidas derivadas de su poder de control (art. 20.3 ET). Más adelante retomaré esta importante circunstancia, a saber, que la intromisión del empresario traía causa de una sospecha razonable de la comisión de un delito contra el patrimonio de la empresa.

En todo caso, existiendo base fáctica acreditada en el relato de hechos probados para entrar a discutir sobre el fondo, no se comprende que la Sala 2ª haga suyas sin mayores disquisiciones las argumentaciones concluyentes de la Audiencia Provincial, cuando finaliza su razonamiento de este modo: «En suma, no resulta probada la alegación del acusado de encontrarse en una situación económica de riesgo de perder la empresa, ni las causas de ello, que pudieran ser variadas y no exclusivas del proceder del trabajador. Y todo ello en orden a acreditar la existencia de necesidad de actuar en defensa de la supervivencia de la misma como lo hizo».

¿Acaso la legítima defensa de la empresa solo puede operar cuando exista un "riesgo de perder la empresa" (sic)? Tal exigencia impediría que se pudiera defender el propio patrimonio si "solo" le sustraen a la víctima un coche valorado, por ejemplo, en 25.000€ porque ello no condicionaría la supervivencia de la economía familiar.

Finalmente, llegamos al tercer motivo planteado por la defensa. La cuestión que se analiza en esta sentencia se centra, en realidad, en este tercer motivo sobre la causa de justificación del art. 20.7 CP.

Conviene remarcar desde el principio, no obstante, que el presente caso viene profundamente condicionado por una circunstancia: la intromisión penalmente relevante se efectuó en el correo electrónico *personal* del querellante, no en el facilitado por la empresa, sin perjuicio de que accediera al mismo a través de ordenador propiedad del empleador.

Se ha dicho en líneas precedentes que esta es la tercera vez que la Sala 2ª se pronuncia sobre los requisitos que debe respetar la empresa para acceder al correo electrónico en el entorno laboral. Sin embargo, esta afirmación tiene dos importantes matices: (1) el objeto de análisis de la STS 328/2021 es significativamente distinto al que caracteriza las dos sentencias precedentes (STS 528/2014 y 489/2018), ya que en estas la intromisión tiene lugar en el correo electrónico facilitado por la empresa; y (2) en la STS 328/2021 se analiza no tanto la cuestión de la ilicitud probatoria, sino la posible comisión de un delito por parte del empresario, cuestiones que merecen tratamientos jurídicos no siempre idénticos[7].

Ciertamente, la conducta de intromisión en la esfera virtual puede poseer dos efectos eventualmente antijurídicos: la nulidad probatoria por violación de un derecho fundamental (art. 11 LOPJ) y la comisión de un hecho típicamente relevante por lesionar un bien jurídico-penalmente protegido (art. 197.1 CP). El primer efecto se proyecta, por tanto, sobre la vulneración del derecho fundamental, mientras que el segundo sobre la lesión del bien jurídico penal. Si bien existe un cierto solapamiento entre las áreas que abarcan ambas esferas de protección (respectivamente, del derecho fundamental y del bien jurídico), se trata de círculos concéntricos, no secantes. O deberían serlo, pues, la antijuricidad penal debe implicar un mayor desvalor en virtud de los principios de *ultima ratio* e intervención mínima. Dicho de otro modo: no toda injerencia en la esfera virtual lesiva de un derecho fundamental debe colmar las exigencias del juicio de tipicidad penal.

Por tales razones, parece algo confuso mezclar ambos planos en el discurso y traer a colación, como se hace en la STS 328/2021, dos precedentes que no resuelven el mismo problema jurídico que la propia resolución. Por esa razón, carece de rigor, a nuestro juicio, que se afirme: «La cuestión que abordamos ha sido ya objeto de tratamiento por esta Sala», pasando a revisar a continuación las STS 528/2014 y 489/2018. Más aún, el Tribunal Supremo, en una sentencia en la que participan todos los miembros de la Sala 2ª, llega a realizar afirmaciones que, en caso de consolidarse, plantearían una confrontación radical con la jurisprudencia ya pacífica de la Sala de lo Social y del propio Tribunal Constitucional.

[7] Para un análisis en profundidad de los dos precedentes, VARGAS OVALLE/AGUSTINA SANLLEHÍ, *Justicia: revista de derecho procesal*, (1), 2020, pp. 457-512.

Entrando ya en materia, en el tercer motivo se analizan las dos cuestiones que anticipábamos, los requisitos de tipicidad subjetiva (la eventual falta del elemento intencional del delito) y la posible concurrencia de la causa de justificación del art. 20.7 CP, es decir, si «concurren en ella los criterios de idoneidad, proporcionalidad y necesidad, lo que determina[ría] que deba apreciarse la inexistencia del delito».

En cuanto a la falta del elemento intencional del delito, se limita la Sala 2ª a afirmar que «la intención con la que se ejecuta un hecho, forma parte de ese hecho. La acción no es ciega. De ahí que sugerir que la acción imputada fue efectuada con una intención distinta a la que refleja el juicio histórico -no se aspiraba a invadir la intimidad sino a vigilar los actos desleales de Octavio- supone ofrecer a esta Sala una realidad distinta de aquella que ha sido declarada probada en la instancia». Con todo, en su descargo los propios magistrados afirman con carácter previo que resuelven esta cuestión «sin adentrarnos en el fecundo debate acerca de la ubicación del dolo en los elementos que integran la estructura formal del delito». ¿Fecundo debate? Hay pocas cuestiones tan controvertidas e inconclusas como la incomprensible interpretación del elemento subjetivo de lo injusto del art. 197.1 CP.

Basta con asomarse, por ejemplo, a la STS 534/2011, Penal, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2011:4662), en la que se absuelve a un profesor universitario que accede subrepticiamente a las cuentas de correo de varios compañeros suyos para hacerse con sus programas docentes, lecciones, etc. O a la STS 358/2007, Penal, de 30 de abril (ECLI:ES:TS:2007:3916), en la que se absuelve también a un alcalde y dos ediles que entraron, sin su consentimiento, en el ordenador de un funcionario que llevaba meses de baja y se negaba a colaborar. Como han analizado ESTRADA CUADRAS/LLOBET ANGLÍ a partir del examen de la jurisprudencia vertida en algunas sentencias del Tribunal Supremo, las conductas de intromisión resultan penalmente atípicas si la información conseguida no tiene nada que ver con la intimidad personal o familiar del trabajador sino, por el contrario, con su ámbito laboral o profesional[8]. Este criterio dejaría extramuros del tipo conductas que atentan gravemente contra la intimidad si el sujeto activo puede alegar una finalidad ulterior trascendente. Por ejemplo, el ex marido que accede a las cuentas de correo o de redes sociales para probar determinados aspectos relativos al divorcio; o el mismo caso que nos ocupa. A este respecto, sería deseable que la Sala 2ª aclarara si el art. 197.1 CP exige intencionalidad o, en realidad, admite casos de dolo eventual, como parece. Nada menos que el derecho a la intimidad está en juego.

En cuanto a la posible aplicabilidad al caso del art. 20.7 CP, invoca el recurrente que se hallaba en el ejercicio legítimo de un derecho, a saber, el derecho a ejercer un legítimo control sobre sus trabajadores como facultad inherente a la libertad de empresa. Es ahí donde el Tribunal Supremo trae a colación el principio de proporcionalidad y la ponderación entre derechos reconocidos por nuestra Constitución enfrentados en abierta colisión. Y es aquí donde el Tribunal Supremo centra sus esfuerzos argumentativos para fijar los criterios y condiciones que legitimarían al empresario a acceder al correo electrónico de sus empleados. En concreto, trata de resolver la cuestión relativa a qué es necesario para eliminar legítimamente la expectativa razonable de privacidad o intimidad y para ello analiza dos interrogantes: (1) ¿es necesario que la empresa solicite autorización judicial previa?; (2) ¿es necesario que la empresa comunique explícitamente y de forma consciente al trabajador las condiciones de acceso o cabe hacerlo de forma implícita o

[8] ESTRADA CUADRAS/LLOBET ANGLÍ, en *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, pp. 213-214.

presunta?; y omite una pregunta esencial (3) en caso de cumplirse los criterios que sean necesarios ¿sería irrelevante que la cuenta de correo electrónico sea personal?

(1) En relación a la primera pregunta, la STS 328/2021 refrenda en su epígrafe 3.9, en la misma línea que la STS 489/2018, que el art. 18.3 CE admite excepciones por la vía del consentimiento y, por tanto, viene a derogar sin ruido la jurisprudencia de la STS 528/2014 en la que, de forma perturbadora, se postulaba un apartamiento de la Sala 2ª en relación a la excepcionabilidad del art. 18.3 CE en el ámbito laboral.

(2) Salvada esa contradicción, sin embargo, en relación a la segunda pregunta se adentra la Sala 2ª en una nueva contradicción, todavía más perturbadora, al introducir un criterio adicional de suma relevancia, en tanto que se contradice directamente con la jurisprudencia social y constitucional que admiten el consentimiento implícito (por vía de la asunción no expresa) de normas disciplinarias aprobadas en convenios colectivos sectoriales.

En la STS 328/2021 se viene a decir: de acuerdo, "todo es negociable" y el trabajador puede renunciar tanto a su intimidad como al secreto de sus comunicaciones, pero esa cesión debe ser expresa y consciente, no pudiéndose derivar de normas sectoriales, ni de un consentimiento implícito o presunto:

> «Pero la exclusión de esa expectativa ha de ser expresa y consciente, sin que pueda equipararse a ésta una pretendida renuncia derivada de la voluntad presunta del trabajador. El trabajador que conoce la prohibición de utilizar para fines particulares los ordenadores puestos a su disposición por la empresa y, pese a ello, incumple ese mandato, incurre en una infracción que habrá de ser sancionada en los términos que son propios de la relación laboral. Pero esa infracción no priva al trabajador que incurre en ella de su derecho a definir un círculo de exclusión frente a terceros, entre los que se incluye, desde luego, quien le proporciona esos medios productivos. De admitir esa artificial asimilación a la hora de pronunciarnos sobre la legitimidad de la injerencia, estaríamos olvidando la propia naturaleza del contrato de trabajo por cuenta ajena. Los elementos de disponibilidad del derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones no pueden abordarse con quiebra del principio de proporcionalidad. De hecho, la efectiva vigencia de aquellos derechos del trabajador no puede hacerse depender exclusivamente de un pacto incondicional de cesión en el que todo se vea como susceptible de ser contractualizado».

Es evidente que, con tales afirmaciones, se está elevando considerablemente el estándar. Ya no basta con un «reconocimiento previo, explícito o implícito, de esa facultad de empresario» que constituía el "*punctum dolens*", según la precedente STS 489/2018. Y, sobre todo, ese nuevo criterio basado en el carácter expreso y consciente contraviene la construcción de la expectativa de privacidad por remisión que vino a fijar la STC 170/2013, de 7 de octubre (BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2013): «La expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe [arts. 5.a) y 20.2 y 3 LET]». De hecho, la misma STS 489/2018 lo declaraba de una forma diáfana y sin matices:

> «Como hemos visto, la jurisprudencia ha situado la clave de la legitimidad de la injerencia empresarial en la ausencia de toda expectativa de confidencialidad por parte del trabajador que sufre la intromisión que puede basarse en una cláusula contractual o en una advertencia del empresario o en la legítima instrucción expresa de limitar el uso del dispositivo a fines laborales. La existencia de

> un precepto incorporado al convenio del sector donde se prohíbe el uso personal de los instrumentos informáticos, la suscripción de una cláusula que reserva al empresario esa facultad o, en fin, la comunicación, por uno u otro medio, del uso de mecanismos tecnológicos de fiscalización, difuminan el espacio de exclusión del trabajador».

Así las cosas, el párrafo anteriormente trascrito de la STS 328/2021 vendría a truncar la evolución jurisprudencial descrita. Y esta nueva sentencia, pese a mostrarse flexible con el criterio de rigidez formal en relación a la exigencia de autorización judicial previa, se muestra en última instancia mucho más disruptiva y perturbadora con la evolución jurisprudencial descrita, al reivindicar un apartamiento que ya no se refiere solo a una exigua parte de los problemas (como hacía la STS 528/2014, que se limitaba a las comunicaciones en proceso), sino también a cualquier comunicación *ex post facto*.

GÓMEZ MARTÍN entiende que, a la luz de la STS 328/2021, se ha asestado «un (nuevo) golpe mortal a las investigaciones internas corporativas»[9]. A mi juicio, desde la perspectiva de las empresas la nueva doctrina de la Sala 2ª pretende exigir a estas un estándar cualificado si se desean utilizar las pruebas obtenidas en una investigación interna ante la jurisdicción penal. Se trata, en definitiva, de un aviso a navegantes para que a nadie coja desprevenido y una llamada a tomarse en serio los programas de *compliance* y los protocolos de investigaciones internas, sea cual sea el tamaño de la compañía (y su presupuesto para tales menesteres).

El problema es que, más allá de dicha consecuencia, la doctrina de la STS 328/2021 puede ser utilizada por cualquier trabajador en el marco de un control ordinario (no es necesario que sea en una investigación interna) si las políticas de monitorización y acceso a las herramientas facilitadas por la compañía no han sido objeto de comunicación y recibidas por los empleados de forma expresa y consciente («la exclusión de esa expectativa ha de ser expresa y consciente, sin que pueda equipararse a ésta una pretendida renuncia derivada de la voluntad presunta del trabajador»).

Y, junto a ese problema, tenemos, como ya se ha apuntado, la disparidad de criterios con la jurisdicción social y el propio Tribunal Constitucional. Casi nada. La unidad del ordenamiento jurídico y la necesaria seguridad jurídica que deberían presidir las investigaciones internas requerirían un pronunciamiento que clarifique esta cuestión para abortar de una vez esta contradicción entre jurisdicciones: el deber de informar a los trabajadores debería perfilarse de manera homogénea para la jurisdicción laboral y penal, sin perjuicio de que en el ámbito penal puedan hacerse valer causas de justificación en circunstancias extraordinarias que exceden al control ordinario del empresario.

En mi opinión, el nuevo criterio de la Sala 2ª es sin duda más garantista y protege al trabajador frente a controles ocultos, clandestinos o, en todo caso, poco transparentes. En tal sentido, entiende, con razón, que no se destruye la expectativa razonable de privacidad con la mera existencia de un listado de prohibiciones, infracciones y sanciones aprobado en un convenio colectivo, sino que se requiere una recepción expresa y consciente del mensaje consistente en que ese espacio de comunicación o navegación puede ser objeto de control periódico o en determinadas circunstancias.

---

[9] GÓMEZ MARTÍN, «¿Un (nuevo) golpe mortal a las investigaciones internas corporativas? Comentario a la STS (Sala 2ª) 328/2021, de 22 de abril», *La Ley Compliance penal*, (5), Sección Tribunales, 2021.

Sin embargo, este nuevo criterio supone enfrentarse, ciertamente de forma no respetuosa con lo fijado por el Tribunal Constitucional, a la americanización de la jurisdicción social entablando una lucha entre jurisdicciones que, en realidad, no es admisible una vez se ha pronunciado con nitidez el máximo garante de los derechos fundamentales. Sorprende, en realidad, que la Sala 2ª sea más tuitiva y sensible con los derechos de la parte más débil que la Sala a quien se encomienda la protección reforzada de los trabajadores frente a los abusos del poder de dirección y control empresarial. Y, en este sentido, en el fondo de la discrepancia puede subyacer una lectura diferente de la realidad social. El Tribunal Constitucional y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo parecerían ser conscientes del giro copernicano que las TIC y, en concreto, la proliferación del *smartphone*, han supuesto en la reconfiguración de las expectativas de privacidad. Entienden, en ese sentido, que es algo irrazonable que un empleado pueda pensar que, a pesar de tener acceso a canales de información y comunicación absolutamente privados, requiere de una protección en su privacidad cuando utiliza herramientas de trabajo de la empresa, destinadas exclusivamente para trabajar. Obsérvese que la expectativa de privacidad, para ser protegida, deben ser razonable y, en la era de la masificación del *smartphone*, carece de sentido imponer un deber de tolerar un uso privado de lo que, ahora sí, solo debería usarse para trabajar. En definitiva, la nueva realidad tecnológica impone una reducción de la expectativa razonable de privacidad en el uso de herramientas de trabajo.

(3) En cuanto a la tercera y última pregunta, la de qué tipo de relevancia posee el hecho de que se tratara de una cuenta de correo electrónico privada, apenas ha sido abordada en la sentencia y constituye, a nuestro juicio, la clave para resolver el caso. Y ello por cuanto se trata de un canal de comunicaciones excluyente por naturaleza, protegible sin ambages incluso por el art. 18.3 CE, equivalente al teléfono móvil personal de un trabajador, por más que este o aquel se utilicen dentro de un espacio propiedad de la empresa. Hubiera sido deseable, y pedagógico, un análisis del caso con mayor profundidad en este aspecto.

Aquí radica el problema. Toda la doctrina y, más en concreto, lo que se acaba de decir sobre la flexibilización de las garantías en la jurisdicción social y constitucional, con la correspondiente reducción de la expectativa razonable de privacidad, se proyecta sobre el uso de herramientas de trabajo, pero no sobre los canales privados que pueda usar el empleado durante la jornada laboral. Parece obvio y, sin embargo, a mi juicio es aquí donde la STS 328/2021 pierde toda su expresividad. No era necesario repasar toda la doctrina aplicable a los requisitos de acceso a cuentas de correo corporativas, para llegar a la conclusión correcta. El acceso inconsentido (mejor, no preavisado de forma adecuada) a una cuenta de correo personal siempre será ilícita desde el punto de vista laboral y penal. En el ámbito penal, siempre será una conducta típica que, si se dan los requisitos, podría dar lugar a una eventual justificación por legítima defensa.

En este punto conviene distinguir el ámbito de aplicación de la causa de justificación por vía del ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP), que se proyectaría sobre los controles ordinarios, amparados en el art. 20.3 ET y que pretenden fiscalizar que la prestación laboral se realiza de forma adecuada, del espacio natural de la legítima defensa del patrimonio empresarial (art. 20.4 CP). Ciertamente, como señala ROBLES PLANAS, la empresa parece disponer de muchos más medios alternativos menos lesivos que una persona individual para repeler las posibles agresiones, por lo que es poco probable que se emprendan acciones delictivas en legítima defensa

respetando el requisito de la necesidad en concreto ("el medio menos lesivo") para defender a la propia empresa de ataques antijurídicos[10].

3. Conclusiones

En los últimos años, como hemos señalado en trabajos precedentes, la evolución de la jurisprudencia española en esta materia ha discurrido de forma parecida a los vaivenes de una trepidante montaña rusa. Sus oscilaciones y ademanes parecían provenir de un monstruo de tres cabezas que, de forma imprevisible, se atrevía a asestar un golpe mortal tras otro a la tan necesaria seguridad jurídica que se precisa en la empresa[11].

Tras el análisis de la STS 328/2021, la situación de caos jurisprudencial no ha hecho sino agravarse. Como hemos visto, en dicha sentencia se trataba de resolver sobre un supuesto de hecho en el que, en realidad, por tratarse de una intromisión a cuentas de correo electrónico *personal* del trabajador, la conclusión podía haberse adoptado, una vez descartada la legítima defensa por motivos fácticos, sin mayores argumentaciones. Y, siendo así, el hecho de traer a colación el complejo desarrollo jurisprudencial en casos de intromisiones a cuentas de correo *corporativo* ha generado confusión.

En todo caso, he tratado de apuntar algunas claves para distinguir escenarios de expectativa irrazonable de privacidad, casos claros de vulneración de la misma y supuestos de justificación por el ejercicio legítimo de un derecho o por legítima defensa.

Lo que parece evidente es que esta nueva toma de posición de la Sala 2ª eleva el estándar de forma considerable en relación la renuncia del trabajador, que ha de ser expresa y consciente, de su derecho a la intimidad, entendido como el derecho a excluir a la empresa de intromisiones no transparentes.

Dada la complejidad en esta materia, para clarificar los distintos grupos de casos y resolver de forma adecuada un supuesto concreto, resultaría determinante establecer una clasificación de casos según tres parámetros: (1) según el presupuesto de partida, en función de si se trata de un control ordinario *versus* un control extraordinario ante la sospecha razonable de que se está cometiendo un delito contra el patrimonio de la empresa; (2) según el objeto material, en función de si se trata de una herramientas de trabajo *versus* espacios de comunicación e información privados y excluyentes *per se*; (3) según el tipo de comunicación dirigida a los empleados, en función de si existe recepción expresa y consciente *versus* conocimiento presunto o por vía indirecta.

En los controles ordinarios, motivados por el legítimo derecho del empresario a verificar el adecuado cumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador, se debe discurrir siempre por caminos de transparencia obligatoria. En cambio, en los segundos, la propia finalidad inherente al control (descubrir, *rectius*, confirmar las sospechas razonables respecto de un delito cometido por un empleado en particular), puede justificar la omisión de tales deberes de transparencia. Esta diferencia marca la línea divisoria entre tipicidad y justificación o, si se

[10] ROBLES PLANAS, «Legítima defensa, empresa y patrimonio», *Política Criminal*, (11-22), Art. 11, 2016, pp. 704-705.

[11] VARGAS OVALLE/AGUSTINA SANLLEHÍ, *Justicia: revista de derecho procesal*, (1), 2020, p. 463.

prefiere, entre lesión del derecho fundamental a la intimidad o cesión del mismo ante un derecho constitucional que, en atención a determinadas circunstancias, debe prevalecer.

El Tribunal Constitucional, en efecto, ha venido reconociendo en repetidas ocasiones que el principio de proporcionalidad puede justificar la lesión del derecho a la intimidad ante la sospecha razonable de la comisión de delitos frente a los que la empresa solo puede defenderse lesionando bienes jurídicos del empleado desleal. En tales casos la libertad de empresa y el poder de dirección y control que le son inherentes, debe prevalecer. La pionera STC 186/2000, de 10 de julio (BOE núm. 192, de 11 de agosto de 2000)[12], sentó un precedente que vino a consagrarse definitivamente en la Sentencia de la Gran Sala del TEDH López Ribalda c. España (2019)[13]. Si bien ambos precedentes se refieren al uso clandestino o no transparente de cámaras de video-vigilancia, son aplicables al caso que nos concierne tanto las pautas concretas del juicio de ponderación entre derechos afectados, como los argumentos para justificar el sacrificio limitado del derecho a la intimidad para defender el patrimonio de la empresa.

En definitiva, el TEDH postuló que la falta de información previa sobre la existencia de las cámaras ocultas, estaba justificada por las razonables sospechas de que se estaban cometiendo graves irregularidades. Por lo que concluyó que los tribunales laborales españoles no sobrepasaron su margen de apreciación y que no hubo vulneración del derecho a la intimidad, ni de protección de datos.

No cabe duda de que, en numerosas ocasiones, la empresa se puede hallar en esa difícil tesitura "*between the devil and the deep blue sea*". Lo ideal y deseable sería que esa tensión se resolviera con antelación por la vía del pacto o comunicación, expresa y consciente, de la posible monitorización empresarial, de modo que la empresa establezca con claridad las reglas del ejercicio de ese legítimo derecho a investigar ante determinadas sospechas (o por razón del control ordinario), derecho con base legal en el ya referido art. 20.3 ET. Ese preaviso, obviamente, solo sería proporcionado y, por tanto, atípico y lícito, si se refiere al correo electrónico *laboral*. Con todo, en casos de ausencia de comunicación efectiva debería poder invocarse la doctrina esculpida en López Ribalda c. España (2019) o en la pionera STC 186/2000 y, a la luz de la misma,

[12] Según recogía el relato de hechos, el empleador había instalado un circuito cerrado de televisión oculto en el techo del departamento de ropa y calzado de una tienda, dirigidas a tres cajas registradoras y a la recepción. El Tribunal Constitucional sostuvo que la medida en cuestión tenía que pasar una triple prueba para ser considerada aceptable: tenía que haber un objetivo legítimo ("prueba de idoneidad"), y la medida tenía que ser necesaria ("prueba de necesidad") y proporcionada ("prueba de proporcionalidad estricta"). El Tribunal Constitucional determinó lo siguiente: «…en el caso que nos ocupa, la medida de… [videovigilancia] que controlaba la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral, era una medida justificada (ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, …), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la privacidad personal consagrado en el art. 18.1 CE.».

[13] En el caso, las despedidas en cuestión, prestaban servicios como cajeras en un supermercado, habiendo detectado el director del centro ciertas irregularidades entre los niveles de stock y las cifras de ventas. Con la finalidad de averiguar el origen de dichas irregularidades, se instalaron cámaras de video-vigilancia; unas visibles —que enfocaban a las puertas— destinadas a registrar posibles robos de los clientes, y otras ocultas —que grababan las cajas registradoras—. La empresa informó a los trabajadores sobre la instalación de las cámaras visibles, pero no de las cámaras ocultas; que captaron a varias trabajadoras apropiándose de productos sin pagarlos, y cuyos hurtos representaron un expolio de más de 80.000 € para la empleadora.

proporcionar sólidos argumentos para dar cobertura a su actuación en legítima defensa del patrimonio de la empresa.

InDret
3.2022

La omisión del deber de socorro y el nuevo art. 382 *bis* CP*

Comentario a la STS 167/2022, de 24 de febrero

Oriol Martínez Sanromà
Universitat Pompeu Fabra
martinsanro@gmail.com
-

1. Introducción

La sentencia a comentar constituye una muestra del diferente tratamiento jurídico-penal que puede merecer el abandono del lugar de un accidente de tráfico con víctima. Dependiendo de la situación en la que se encuentre esta última y la vinculación que mantenga con el accidente quien se aleje del lugar, la valoración penal que merezca la omisión variará. En términos generales, serán dos los preceptos susceptibles de aplicación en estos casos: o bien el art. 195 CP (omisión del deber de socorro), o bien el flamante art. 382 *bis* CP (el denominado "delito de fuga"). Ello se evidencia cuando se repara en la relación de subsidiariedad que mantiene este último delito con el tipo del art. 195 CP.

La STS 167/2022, Penal, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:751)[1], presenta un supuesto de hecho particular que pone en tensión esta relación: una estructura de tentativa inidónea de omisión del deber de socorro en la que el causante del accidente huye pensando que deja atrás a una víctima desamparada cuando en realidad ya ha fallecido. En opinión del alto tribunal, debido a una "inidoneidad del objeto", esta tentativa no puede ser punible, de tal manera que el abandono del lugar solo podría castigarse a través del nuevo art. 382 *bis* CP. Sin embargo, y al hilo del voto particular planteado por el magistrado Leopoldo Puente Segura, parecen existir razones dogmáticas de peso para sortear esta conclusión. El objetivo de este comentario es explicar los argumentos del TS y su posible refutación. A tal efecto, presento al inicio un breve bosquejo de las distintas omisiones que pueden desarrollarse tras un accidente de tráfico y la respuesta penal que merecen todas ellas conforme al CP español (2). Seguidamente, expongo los argumentos que defiende el TS para no castigar conforme el art. 195 CP y suscitar, *obiter dicta*, la posibilidad de aplicar el art. 382 *bis* CP (3). Finalmente, presento el razonamiento del voto particular, favorable al castigo de una tentativa inidónea de omisión del deber de socorro, extrayendo de aquel una conclusión con respecto a la relación entre este tipo penal y el "delito de fuga" (4 y 5).

2. El "mapa" de las omisiones tras un accidente de tráfico en el CP español

Quien por infortunio, casualidad o hecho propio se ve envuelto, directa o indirectamente, en un accidente de tráfico con víctimas puede reaccionar de múltiples maneras. La intuición moral

* Este trabajo se enmarca en el proyecto PID2020-115863GB-I00/MICIN/AEI/10.13039/51100011033.

[1] Ponente: Carmen Lamela Díaz.

dicta que lo más adecuado es quedarse en el sitio e intentar socorrer, en la medida de lo posible, a los afectados. Esta misma percepción ha quedado proyectada en nuestro ordenamiento jurídico. Ciertamente, el Derecho penal recoge una serie de normas de conducta que obligan a sus destinatarios a auxiliar a la víctima o víctimas de un accidente siempre y cuando no concurra riesgo propio ni de terceros. Sin embargo, la calificación jurídico-penal que merezca en concreto la desatención de esta "norma genérica" puede variar según una pluralidad de factores. Si atendemos a la tripartición de los delitos de omisión planteada por SILVA SÁNCHEZ, las opciones parecen discurrir entre (i) los delitos de omisión equivalentes a la comisión activa, (ii) los delitos propios de omisión basados en la infracción de deberes de solidaridad y (iii) los delitos de omisión agravados no equivalentes a la comisión activa y basados en una solidaridad cualificada[2]. Para el caso de un accidente de tráfico, debe plantearse también la posibilidad de aplicar el art. 382 *bis* CP. De esta forma, es necesario concretar el encaje de este delito en el anterior esquema y su específica naturaleza jurídica.

Con esto dicho y teniendo en cuenta la literalidad de este último precepto, serán dos las variables que condicionarán, principalmente, el tipo de omisión específico a aplicar en caso de abandono del lugar de siniestro: (a) la situación en la que se encuentre la víctima después del accidente de tráfico y (b) la vinculación que con este último tenga la persona que decida abandonar el lugar. El primer indicador debe conectarse, a su vez, con tres escenarios distintos: tras el accidente, la víctima puede encontrarse (i) fallecida, (ii) lesionada en una situación de desamparo y peligro manifiesto o (iii) lesionada sin que concurra tal situación[3]. Por su lado, el segundo da lugar a tres variables diferentes: quien abandona con posterioridad a la víctima puede (i) haber causado el accidente de forma imprudente, (ii) de forma fortuita o (iii) no haberlo causado. La conjugación de ambos parámetros permitirá identificar el delito de omisión realizado por el sujeto activo que, a su vez, responderá a una fundamentación distinta que discurrirá entre la solidaridad y el deber de colaboración con el Estado. Veámoslo con mayor detalle.

2.1. Desamparo, riesgo y solidaridad (art. 195.1 CP)

En primer lugar, el abandono del lugar tras el accidente de tráfico puede efectuarse hallándose la víctima del mismo "desamparada y en peligro manifiesto y grave"[4]. Concurriendo esta circunstancia, cuando quien abandone a la víctima no tuviera ningún tipo de vinculación con el accidente, el precepto de aplicación será el art. 195.1 CP. Como es sabido, este tipo penal recoge un deber positivo general, dirigido a todos los ciudadanos y fundamentado en la solidaridad[5], a diferencia de los deberes negativos basados en el respeto al principio *neminen laedere*[6]. Constituye, así pues, la manifestación activa del deber general de solidaridad en contraposición a su manifestación pasiva, a saber, el deber de tolerancia en las situaciones de estado de

[2] SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, 2004, p. 297.

[3] Evidentemente, la víctima también puede estar en una situación de desamparo y peligro manifiesto sin necesidad de estar lesionada (p.ej., tras un accidente de tráfico, la víctima, que no presenta ni un solo rasguño, se encuentra dentro de su vehículo, el cual se precipita peligrosamente hacía un precipicio). Dada la literalidad del art. 382 *bis* CP, que solo hace referencia a víctimas fallecidas o lesionadas, dejaré de lado estos supuestos.

[4] Sobre esta expresión, por todos, GÓMEZ MARTÍN, «Omisión del deber de socorro, comisión por omisión y seguridad en el tráfico», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA (coords.), *Seguridad vial y derecho penal: análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de seguridad vial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 285 ss.

[5] ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret*, (4), 2013, p. 6.

[6] ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, pp. 5, 7.

necesidad agresivo[7]. Ambas serían expresiones de la excepción al principio *casum sentit dominus*, en virtud del cual «todos estamos obligados a soportar las consecuencias lesivas de procesos no imputables objetivamente a actos de organización lesiva de terceros»[8].

2.2. Causación, imprudencia y solidaridad intensificada (art. 195.3 CP)

Una víctima puede hallarse "desamparada y en peligro manifiesto y grave" tras un accidente causado por quien la abandona. Para estos casos, cuando esta causación se hubiera realizado de forma imprudente o fortuita, el Derecho penal español recoge en el art. 195.3 CP lo que ha sido denominado como una «omisión pura de agravada». Siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, la razón de esta tipificación se encuentra en la existencia de «una categoría intermedia de omisiones que, siendo más graves que las omisiones puras, no alcanzan a la equivalencia con la comisión activa, y, por tanto, carecen de un título suficiente para la imputación del resultado en los mismos términos en que tal imputación tiene lugar en la comisión activa»[9]. En este sentido, la previa vinculación del sujeto con el accidente, aunque se haya producido de forma fortuita, implica que su posterior omisión exprese un desvalor cuantitativamente mayor que en el caso del tipo del art. 195.1 CP, aunque inferior al de una comisión por omisión (art. 11 CP). Consiguientemente, debe aceptarse que la solidaridad puede graduarse, de tal manera que existen supuestos de solidaridad intensificada basados en la previa "injerencia" del sujeto que omite la acción de socorro debida[10]. Esta "injerencia" deberá contemplarse en un sentido "débil", pues no permitirá la asunción de una plena posición de garante desde la cual imputar el resultado lesivo finalmente acaecido[11]. Ello solo podrá ocurrir cuando la "injerencia" pueda entenderse en un sentido "fuerte", lo que sucederá allí donde pueda afirmarse un dominio efectivo sobre el peligro que se cierne sobre el tercero[12]. Por lo general, reunirán esta condición las injerencias dolosas, que permitirán la posterior imputación del resultado en comisión por omisión; por el contrario, las injerencias fortuitas o imprudentes solo podrán castigarse conforme al art. 195.3 CP[13].

2.3. Abandono, ausencia de riesgo y desobediencia (art. 382 *bis* CP)

Finalmente, habrá ocasiones en los que la víctima del accidente de tráfico no se halle en una situación de desamparo ni peligro manifiesto. En estos supuestos, y a partir de la entrada en vigor de la LO 2/2019, de 1 de marzo, el precepto aplicable será el nuevo art. 382 *bis* CP. Esto último, siempre y cuando la víctima hubiese fallecido o presentase las lesiones del art. 152.2 CP y el reo hubiese causado imprudente o fortuitamente el accidente. No es lugar aquí para profundizar en las diversas teorías que han intentado identificar la naturaleza jurídica de este precepto. En todo caso, sigo aquí la idea de que el fundamento del denominado "delito de fuga" no se encuentra, a diferencia del art. 195 CP, en la solidaridad. Ciertamente, la omisión de socorro no debe

---

[7] SILVA SÁNCHEZ, «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión: Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del código penal», *Consejo General del Poder Judicial*, (4), 1999, p. 157; ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, p. 7.

[8] SILVA SÁNCHEZ, *CGPJ*, (4), 1999, p. 156; EL MISMO, *Estudios sobre los delitos de omisión*, 2004, p. 298.

[9] SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, 2004, p. 295.

[10] SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, 2004, p. 300.

[11] SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, 2004, pp. 296 s.

[12] SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, 2004, p. 297; en un sentido todavía más restrictivo, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, pp. 784 ss.

[13] SILVA SÁNCHEZ, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en SCHÜNEMANN/ACHENBACH/BOTTKE,HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, De Gruyter, Berlín, 2001, pp. 648 ss.

contemplarse como la infracción de un deber estrictamente formal, sino como la desatención de una directiva destinada a mejorar la situación de quien se encuentra desamparado y en peligro manifiesto. La situación típica descrita por el art. 382 *bis* CP, al descartar expresamente que la víctima se halle en tal circunstancia, dibuja un escenario en el que es imposible plantear una acción que pueda mejorar el estado de aquella: la víctima, o bien ha fallecido, o bien se encuentra fuera de peligro. De esta forma, soy de la opinión de que el art. 382 *bis* CP tipifica expresamente la infracción de un deber de colaboración con la Administración de Justicia en aras del esclarecimiento de los hechos[14]. En la modalidad de accidente causado de forma imprudente (art. 382 *bis* 2 CP), este precepto constituiría una especie de excepción *ex lege* a la doctrina jurisprudencial del "autoencubrimiento impune", aplicable principalmente en casos de huida del lugar del crimen con respecto a los delitos de desobediencia. Frente a esta impresión, será necesario esperar a que el TC se pronuncie sobre una posible vulneración del principio *nemo tenetur*[15].

A modo de apunte final, tal y como ha puesto de relieve la doctrina, la remisión que efectúa el precepto a las lesiones del art. 152.2 CP impide, por respeto al principio de legalidad, la incriminación del abandono cuando este siga a un accidente causado por "imprudencia grave" o de forma fortuita[16]. De esta manera, la causación fortuita y por "imprudencia grave" del accidente de tráfico solo podrá tomarse en consideración en caso de víctima fallecida, pero no cuando esta última presente lesiones. En este supuesto, solo podrá aplicarse el art. 382 *bis* 2 CP si la causación se hubiera realizado por "imprudencia menos grave". A mi parecer, asumir lo contrario, pese a constituir una opción lógica[17], supondría una analogía *in malam partem*[18].

---

[14] CASTRO MORENO, «Comentario crítico a la LO 2/2019, de 1 de marzo, de reforma del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor y ciclomotores: nuevo delito de abandono del lugar del accidente», *La Ley Penal*, (138), 2019, pp. 26 s.; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, «El nuevo delito de abandono del lugar del accidente en el espejo del delito de fuga alemán», *La Ley Penal*, (139), 2019, p. 7; BENÍTEZ ORTÚZAR, «Primeras reflexiones a vuelapluma acerca del delito de abandono del lugar del accidente del artículo 382 bis CP. El nuevo delito "de fuga"», *Revista de Derecho Empresa y Sociedad*, (13), 2018, p. 69; MONTANER FERNÁNDEZ, «Delitos contra la seguridad vial», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2019, p. 339; BARBER BURUSCO, «El delito de abandono del lugar del accidente: cuestionable lesividad y clara desproporción», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDON/GALLEGO SOLER/HORTAL IBARRA/JOSHI JUBERT (dirs.); VALIENTE IVAÑEZ/RAMÍREZ MARTÍN (coords.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxy Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022, pp. 1005 ss.

[15] BUSTOS RUBIO, «Aproximación crítica al nuevo delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis del Código Penal)», *La Ley Penal*, (138), 2019, pp. 8 s.; CASTRO MORENO, *La Ley Penal*, (138), 2019, p. 26; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *La Ley Penal*, (139), 2019, p. 7, planteando que el TC utilizará los mismos argumentos que utilizó para el caso de la negativa a someterse a una prueba de alcoholemia (p. 9); MOLINA FERNÁNDEZ, *Memento Penal*, 2020, nm. 15848; BARBER BURUSCO, en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDON/GALLEGO SOLER/HORTAL IBARRA/JOSHI JUBERT (dirs.); VALIENTE IVAÑEZ/RAMÍREZ MARTÍN (coords.) *LH- Corcoy Bidasolo*, 2022, p. 1007.

[16] Entre otros, BUSTOS RUBIO, *La Ley Penal*, (138), 2019, p. 14; MORELL ALDANA, «El delito de fuga: un "viejo" conocido por la dogmática penal. Visión doctrinal tras su reintroducción por la LO 2/2019», *Diario La Ley*, (9738), Seeción Tribuna, 2020, p. 13; MONTANER FERNÁNDEZ, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho penal*, 2019, pp. 339 s.

[17] RODRÍGUEZ MORO, «La última nueva figura delictiva en materia de seguridad vial incorporada en el código penal por la LO 2/2019, de 1 de marzo: aplicabilidad y valoración crítica del delito de abandono del lugar del accidente tras causarlo del art. 382 bis CP», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, (7), 2020, p. 11; MOLINA FERNÁNDEZ, *Memento Penal*, 2020, nm. 15850.

[18] Igualmente, MORELL ALDANA, *Diario La Ley*, (9738), Sección Tribuna, 2020, p. 13. En efecto, una pésima técnica legislativa no puede ser subsanada en sede interpretativa a los efectos de ampliar el ámbito de punibilidad que se desprende de la estricta literalidad del tipo.

2.4. Recapitulación

Ilustro de forma esquemática en el siguiente recuadro el esbozo presentado en las páginas anteriores:

Situación tras el accidente	Vinculación con el accidente	Precepto aplicable	Fundamento de la omisión	Pena aplicable
Víctima fallecida	*Causación imprudente*	382 *bis*	*Deber de colaboración*	Prisión 6 meses a 4 años + Privación carnet 1 a 2 años
	Causación fortuita	382 *bis*	*Deber de colaboración*	Prisión 3 a 6 meses + Privación carnet 6 meses a 2 años
	Sin vinculación	*Omisión atípica*	-	-
Víctima lesionada en una situación de desamparo y peligro manifiesto	*Causación imprudente*	195.3	*Solidaridad intensificada*	Prisión 6 meses a 2 años + Multa 6 a 24 meses
	Causación fortuita	195.3	*Solidaridad intensificada*	Prisión 6 meses a 1 año + Multa 6 a 12 meses
	Sin vinculación	195.1	*Deber general de solidaridad*	Multa 3 a 12 meses
Víctima lesionada sin que concurra una situación de desamparo o peligro manifiesto	*Causación imprudente*[19]	382 *bis*	*Deber de colaboración*	Prisión 6 meses a 4 años + Privación carnet 1 a 2 años
	Causación fortuita	*Omisión atípica*	-	-
	Sin vinculación	*Omisión atípica*	-	-

El cuadro, sin embargo, recoge únicamente los supuestos en los que la situación objetiva (víctima fallecida, desamparada o no desamparada) coincide con la representación subjetiva del autor de la omisión. Consiguientemente, todavía cabe plantearse los casos en los que no concurre esta coincidencia. Entre ellos, el más interesante a los efectos de la aplicación del "delito de fuga" es aquel en el que, objetivamente, la víctima ha fallecido o no está desamparada ni en peligro manifiesto, pero el que omite la acción debida cree que concurre la situación típica del art. 195 CP. En estos supuestos, ¿debemos aplicar el art. 382 *bis* CP o una tentativa inidónea de omisión del deber de socorro? A este problema se dedica la resolución del TS referenciada.

[19] Siempre y cuando la lesión sea subsumible en el art. 152.2 CP. Por lo tanto, quedan excluidas las causaciones por «imprudencia grave».

3. Sentencia del Tribunal Supremo 167/2022, de 24 de febrero

3.1. El supuesto de hecho

La sentencia objeto del presente comentario resuelve el recurso de casación presentado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en SAP Ciudad Real 115/2020, de 20 de junio (ECLI:ES:APCR:2020:1342), la cual confirmaba la condena impuesta por el Juzgado de lo Penal de Alcázar de San Juan por delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, delito de homicidio imprudente y delito de omisión del deber de socorro. Este pronunciamiento traía causa de unos hechos probados que resumo muy brevemente a continuación. *A* conducía su vehículo por una carretera bajo la influencia de bebidas alcohólicas. En un determinado punto de la vía, el vehículo de *A* colisionó con la bicicleta de *B*, proyectando al ciclista hacia la cuneta, donde impactó brutalmente y falleció «de forma prácticamente inmediata o a lo sumo a los veinte minutos siguientes». *A*, consciente de haber atropellado a *B*, decidió continuar la marcha y abandonar el lugar de los hechos, sin cerciorarse del estado en que se encontraba la persona atropellada.

3.2. Los argumentos de la sentencia

La resolución del TS estima el recurso contra la sentencia de la Audiencia Provincial por indebida aplicación del art. 195.3 CP. Muy brevemente, el argumento de la sentencia es el siguiente: dado que la víctima del accidente había fallecido de forma inmediata (o, como mínimo, esta era la hipótesis más favorable al reo), no podía afectarse el bien jurídico protegido con la huida (fuera la integridad física o la vida del afectado, fuera la solidaridad) por falta de "idoneidad del objeto". Con ello, el TS parece separarse de una línea jurisprudencial histórica que admitía supuestos de tentativa inidónea de omisión del deber de socorro en caso de abandono del lugar del accidente con víctima fallecida[20]. Confirma, así pues, la doctrina asentada en la STS 284/2021, Penal, de 30 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1159), en la que también se planteó un supuesto de hecho similar[21]. En esta última resolución, el TS indicó que «[e]l art. 195 CP incluye en el tipo objetivo una situación de desamparo, un peligro grave y manifiesto que impone el deber de actuar omitido por el sujeto activo. Por tanto, la capacidad de recibir ese socorro es un elemento del tipo cuya ausencia hace imposible el juicio de subsunción». A esta conclusión, la sentencia referenciada accedió a través de una reflexión relativa a la punibilidad de la tentativa inidónea. Transcribo un fragmento íntegro de la resolución del 2021 para ilustrar la doctrina que sigue (en la actualidad) el TS al respecto de esta institución:

[20] Entre otros pronunciamientos, véase STS, de 20 de diciembre de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:1314): «(...) no existió la situación de desamparo que exige el precepto legal porque la muerte inmediata de la víctima privó al acto de socorro de su potencial aptitud para modificar o influir en el curso del acontecimiento, pero la omisión de todo intento de auxilio sin cerciorarse de si estaba ante un cadáver o un moribundo define en sus caracteres la tentativa imposible que aprecia la sentencia recurrida, cuya punición (...) es respuesta penal ajustada a la peligrosidad del sujeto, quien se ha mostrado como capaz de omitir el auxilio de haber sido necesario u oportuno, y a la impresión o conmoción que estas conductas producen en el medio social» (FJ 2.º); STS 502/2016, Penal, de 9 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2614): «(...) la prestación de auxilio era exigible, sin perjuicio de que sus esfuerzos pudieran resultar inútiles debido al fallecimiento objetivo e irreversible de la persona que necesitaba la asistencia. La demostración *ex post* de la inutilidad de cualquiera auxilio no hacer desaparecer la infracción del deber de socorro, ya que la capacidad de prestación de auxilio se analiza desde un punto de vista *ex ante*» (FJ 4.º).

[21] *A* atropelló a *B*, quien murió de forma inmediata como consecuencia de un traumatismo craneoencefálico. *A*, sin comprobar el estado en que se encontraba la víctima, continuó circulando.

> «El art. 16 del CP ha definido la tentativa frente a su concepción más clásica, añadiendo la expresión "objetivamente" ("practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado"). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, "objetivamente" considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Quedan fuera de la reacción punitiva: a) los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); b) los denominados "delitos putativos" (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso puede ser sancionado penalmente por imperativo del principio de legalidad; c) y los supuestos de delitos imposibles *stricto sensu* por inexistencia absoluta de objeto, que carecen de adecuación típica (falta de tipo); es decir los casos que la doctrina jurisprudencial denominaba inidoneidad absoluta. En ninguno de estos casos los actos deberían objetivamente producir el resultado típico».

De este fragmento se extrae que el TS acoge la clasificación entre "(in)idoneidad de los medios" e "(in)idoneidad del objeto"[22]. Mientras que el primer supuesto sería punible (p.ej., *A* dispara a *B* con un arma descargada), al darse una "inidoneidad relativa"; el segundo no (p.ej., *A* dispara a *B* pensando que está vivo, cuando en realidad ya ha fallecido). Trasladando esta teoría al ámbito de aplicación del art. 195 CP, en palabras del Alto Tribunal en su resolución de 2022, «la muerte instantánea sufrida por la víctima y descrita como tal en el hecho probado, encierra una "inidoneidad absoluta". No se puede socorrer a quien ya no es susceptible de ser socorrido. Y precisamente por ello no se puede castigar la omisión de una acción esperada cuando, de haberse realizado esa acción, en nada habría afectado a la indemnidad del bien jurídico protegido, sea éste la seguridad de la vida e integridad física, sea la solidaridad».

Para apoyar esta conclusión, el TS interpreta el nuevo art. 382 *bis* CP como un mecanismo destinado a castigar, precisamente, casos como el presentado y, por tanto, *a priori* impunes con base en su propia doctrina sobre el castigo de la tentativa inidónea. De esta forma, a criterio del Alto Tribunal, «el citado precepto vendría a cubrir supuestos de difícil encaje en el delito de omisión del deber de socorro por faltar el elemento objetivo de la existencia de una persona desamparada y en peligro grave y manifiesto. Y ello puede ocurrir tanto porque el sujeto activo se ha cerciorado de que la víctima está siendo auxiliada como en el caso de que se haya producido su fallecimiento inmediato»[23]. Con ello, el TS desarrolla la línea interpretativa iniciada en su resolución del año 2021, donde se indicaba que el "delito de fuga" constituye un tipo «de aplicación subsidiaria mediante el que se pretende evitar la impunidad de aquellas conductas que escapan a los límites que ofrece el art. 195 CP».

4. Cuestiones críticas

4.1. ¿Tentativa (inidónea) de omisión del deber de socorro? El voto particular

El voto particular se muestra disconforme con la absolución del acusado por el delito del art. 195.3 CP, indicando que debía haberse castigado al sujeto como autor de una tentativa de omisión del deber de socorro. Para el magistrado, la contraposición entre "inidoneidad de los medios" e "inidoneidad del objeto" sobre la que el TS fundamenta la impunidad de la tentativa por fallecimiento de la víctima tras el accidente no es correcta ni constituye una clasificación

[22] Sobre esta distinción, por todos, MIR PUIG, «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo código penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (3), 2001, pp. 1 ss.

[23] Dado que los hechos se desarrollaron con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 2/2019, de 1 de marzo, la posibilidad de aplicar el art. 382 *bis* CP se planteó *obiter dicta* en la sentencia.

asumida por la doctrina mayoritaria. Así pues, lo importante sería «analizar la idoneidad o peligrosidad objetiva de la conducta enjuiciada, valorar si el comportamiento merece calificarse como apto para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido (si resulta idóneo), a partir de los elementos concurrentes en el tiempo de realizarse aquella (ex ante), con independencia de que ex post se compruebe que ese peligro estaba en realidad excluido, ya fuera porque los medios empleados se revelen como inadecuados para producirlo, ya porque faltara el objeto material de la acción».

A partir de aquí, el magistrado nos recuerda una idea doctrinal bastante asentada que puede resumirse en la siguiente máxima: toda tentativa se demuestra, desde una perspectiva *ex post*, como inidónea. En efecto, indica el disidente que «realizada la valoración ex post, la conducta protagonizada por éste [el acusado] resultaba inane desde el punto de vista de la protección de los bienes jurídicos referidos. Pero, en realidad (...), tal conclusión axiológica resulta predicable de toda tentativa. Después de conocerse, por ejemplo, que el autor ha errado el disparo, llano es concluir, "*va de suyo*", que el mismo carecía, por el modo en que se ejecutó, de la aptitud necesaria para lesionar el bien jurídico. Una vez conocido (inidoneidad del medio empleado) que el arma, pese a creer lo contrario el acusado, no se encontraba cargada, fluye con naturalidad la ineptitud de la conducta para producir la muerte o para lesionar; e igualmente, una vez revelado que la víctima falleció instantáneamente, concluimos que cualquier auxilio que el acusado, o un tercero, hubiera podido prestar (y que deliberadamente omitió) de nada hubiera servido. En todos estos supuestos (...) "*descubrimos*", efectuada la valoración ex post, que los actos realizados por el autor no resultaban *objetivamente* aptos para producir el resultado (ya fuera porque no se ejecutaron con eficacia; porque el arma estuviera descargada; o porque la víctima hubiera fallecido de forma instantánea). Es por eso (...) que, en estos casos, el delito se intenta, valorado ex ante, de un modo que objetivamente resulta apto para provocar la lesión del bien jurídico (desvalor de la acción); aunque, tras la comprobación ex post, observamos que no llega a consumarse (desvalor del resultado)».

Sobre la base de las anteriores consideraciones, entiende el magistrado que el acusado, consciente según los hechos probados de haber atropellado al ciclista, asumió la alta probabilidad de que la víctima se hallara en la situación típica del art. 195 CP ("desamparada y en riesgo manifiesto"). Con base en esta percepción, el sujeto decidió ausentarse del lugar, omitiendo la realización de una conducta apta para el auxilio del afectado. Ello encaja estructuralmente con una tentativa (inidónea) de omisión del deber de socorro que, en opinión del voto particular, debía haber sido castigada. Teniendo en cuenta esta posibilidad, considera el magistrado que la idea del TS, según la cual el art. 382 *bis* CP existiría a los efectos de cubrir una aparente "laguna legal", cae por su propio peso, pues el precepto difiere estructuralmente de este último supuesto.

4.2. Entre la omisión del deber de socorro y el delito de fuga

Son muchas las implicaciones de la resolución del TS y la réplica contenida en el voto particular sobre la dogmática de la tentativa y los delitos de omisión. Efectuar un análisis pormenorizado de todas ellas superaría por mucho las aspiraciones de este escueto comentario de jurisprudencia. Por lo tanto, me limitaré a dejar apuntadas, muy brevemente, algunas consideraciones sobre la tentativa inidónea, su relación con la omisión del deber de socorro y las consecuencias que todo ello depara a la aplicación del art. 382 *bis* CP.

Para empezar, considero que le asiste la razón al magistrado disidente al advertir sobre el error de distinguir entre "inidoneidad de los medios" e "inidoneidad del objeto". Tal y como indicaba más arriba, una línea doctrinal clásica reparó en su momento en esta clasificación, abogando por la susceptibilidad de castigar el primer supuesto en detrimento del segundo[24]. En este sentido, la primera opción encerraría una "inidoneidad relativa", predicable de aquella conducta que, en otras circunstancias, hubiera sido apta para lograr la consumación (para el caso del disparo con un arma descargada: de haberlo estado, la conducta habría sido idónea para matar). En cambio, a la segunda opción subyacería una "inidoneidad absoluta", en tanto que forma de identificar a aquella conducta incapaz de alcanzar la consumación en cualquier circunstancia (para el caso del disparo contra un cadáver: el comportamiento, en ningún caso, hubiera sido idóneo para matar)[25]. Como apuntó en su momento MIR PUIG, esta distinción fue abandonada por la doctrina mayoritaria en la medida en que «[c]ontemplado en concreto, todo intento inidóneo lo seguirá siendo siempre que se den todas las circunstancias que lo hacen inidóneo (...) en concreto ninguna tentativa inidónea puede producir la consumación, y en abstracto toda tentativa inidónea podría producirla»[26]. Igualmente, ALCÁCER GUIRAO consideraba esta distinción como una «interpretación *sui generis* del juicio de adecuación, en la que se omite la necesidad de que el espectador objetivo se sitúe en el lugar del agente cuando este va a cometer el hecho y realice el juicio en base a lo cognoscible en ese momento»[27].

En efecto, tan "inidóneo" (en concreto y en abstracto) es disparar contra un muerto pensando que está vivo como disparar contra un vivo pensando que el arma está cargada. En ambos supuestos, se demuestra (en un momento *ex post*) que el autor nunca hubiese alcanzado el momento de la consumación del delito. Y ello, pese a haber emprendido la realización de una conducta racional a dichos efectos. Pero esta demostración *ex post* no es motivo para entender que la norma de conducta no se ha infringido y que no nos encontramos ante un injusto culpable merecedor de pena. De esta forma, en un momento *ex ante*, lo único que puede valorarse desde la posición del autor es si la conducta constituía un modo racional e intersubjetivamente válido de lograr la consumación del delito (disparar con un arma que cualquiera creería que estaba cargada, disparar contra "alguien" que cualquier hubiera pensado que "estaba vivo") o, por el contrario, suponía una mera ilusión privativa de aquel (matar con conjuros mágicos o grimorios esotéricos)[28]. El ámbito de prohibición de la norma de conducta solo alcanzará a aquellos comportamientos racionalmente capacitados para realizar el tipo desde la perspectiva de quien pueda infringirla[29], dejando de lado los que no constituyan un intento racional a los mismos

---

[24] Una evolución del desarrollo de esta clasificación desde el cobijo de las teorías objetivas de la tentativa puede encontrarse en SOLÁ RECHE, *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*, 1996, pp. 17 ss.

[25] Así lo describe, críticamente, MIR PUIG, *RECPC*, (3), 2001, pp. 1 ss.

[26] MIR PUIG, *RECPC*, (3), 2001, pp. 1 ss.

[27] ALCÁCER GUIRAO, «El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa», *ADPCP*, (49), 1996, p. 505.

[28] JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, pp. 863 ss.; EL MISMO, «Representación del autor e imputación objetiva», *ADPCP*, 1991, pp. 503 s. Tal y como indica SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 127: «lo que denominamos *real*, en puridad no es *necesariamente* real (en el sentido "fuerte" del término), sino aparente, aunque es cierto que la calificación de "real" expresa un determinado (y superior) grado de *consenso* social respecto a la efectiva existencia de lo que se trata. Así, la calificación de algo como "real" sería expresiva de la existencia de un consenso máximo sobre su existencia, consenso que luego iría descendiendo hasta llegar al supuesto del error burdo (tentativa irreal)».

[29] Para ALCÁCER GUIRAO, «La tentativa inidónea: el límite mínimo de lesividad y los fines del Derecho penal. Análisis a partir del caso del fuego en casa vacía (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2000)», en MORRILLAS CUEVAS/MIRÓ LLINARES (dirs.)/RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (coord.), *¿Casos difíciles e irresolubles? problemas esenciales de la Teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales*, Dykinson, Madrid, 2010,

efectos. Ciertamente, una directiva de conducta dirigida en términos *ex ante* tiene que prohibir a su destinatario el emprendimiento de aquella acción que, desde su posición, parezca intersubjetivamente peligrosa e idónea para la correcta consumación del delito[30]. Si en un momento *ex post*, con toda la información disponible más allá de la que cualquiera hubiese percibido en el momento de infringir la directiva, se demuestra que el autor se estaba esforzando "en balde", pues por mucho que lo hubiese intentado nunca hubiese consumado el delito, será momento entonces para calificar, si se prefiere, la tentativa como "inidónea". Entender que un caso de estas características, globalmente considerado[31], difiere de aquel en el que la consumación no se ha logrado dada una circunstancia ajena al medio o al objeto (p.ej., fallar al disparar a otro con un arma cargada, esto es, una tentativa "idónea"), será una consideración que podrá valorarse en el ámbito de la punibilidad con base en los criterios de necesidad de pena[32].

Si trasladamos todas estas ideas al ámbito de aplicación del art. 195 CP podemos extraer la siguiente conclusión: desde la perspectiva del autor y con la información disponible, huir tras la colisión con la bicicleta asumiendo la alta probabilidad de que la víctima se encuentre desamparada y en peligro manifiesto constituye una conducta racionalmente capacitada para realizar el tipo de omisión del deber de socorro. Su efectiva "(in)idoneidad" solo podrá comprobarse en un momento *ex post*, cuando se demuestre que, más allá de lo que cualquiera hubiese pensado, el ciclista ya había fallecido y, por tanto, toda acción salvadora hubiera resultado inútil. Pero esto no es indicativo de una falta de infracción de la directiva de comportamiento. Nuevamente, desde una perspectiva *ex ante*, esta última lo único que puede prohibir es el emprendimiento de aquella conducta que se demuestre apta para alcanzar la consumación del tipo. Huir del lugar del accidente, dejando a su suerte a una víctima que, a todas luces, parece encontrarse en una situación de peligro, constituye, justamente, el curso de acción que la norma pretende prohibir con la información disponible en el momento adecuado para infringirla. Y ello es estructuralmente equivalente a la omisión de un comportamiento que, en un momento *ex post*, hubiera podido reputarse inidóneo para salvar al afectado (p.ej., *A* atropella a *B*, abandonándolo en una situación de desamparo; luego se comprueba que, de haberse quedado, *A* no hubiera podido hacer nada para salvarlo dada las circunstancias del caso —"inidoneidad del medio"—). De nuevo con MIR PUIG, en abstracto, la conducta del acusado era idónea para realizar el tipo, pese a que, en concreto, no lo fuera[33].

Más allá de estas consideraciones sobre la tentativa inidónea, creo que hay otro argumento de peso para rechazar las conclusiones del TS. Según este último, el recurrente huyó creyendo (o, como mínimo, asumiendo con alta probabilidad) que la víctima se encontraba "desamparada y

---

p. 155, en un caso en el que un sujeto incendia una vivienda pensándose que está habitada, «[l]o que habría que analizar es si desde la situación cognitiva desde la que se sitúa el actor, y partiendo del parámetro de racionalidad que encarna la figura del espectador objetivo, la ausencia de la víctima en la casa era o no previsible, esto es, si desde esa perspectiva *ex ante* la *concreta conducta* realizada por el agente presentaba un riesgo para la vida de dicha víctima».

[30] No podemos asegurar que los destinatarios de las directivas de conducta tengan una información detallada y acabada de lo que ocurre. La prohibición solo puede operar con base en la representación subjetiva del destinatario de la norma al momento de infringirla. En este sentido, p.ej., la norma de conducta inferida del tipo penal de homicidio rezaría: «no lleves a cabo una conducta que, desde tu posición y con la información disponible, constituya un peligro racional de homicidio».

[31] Es decir, teniendo en cuenta también la perspectiva *ex post*.

[32] Cabe recordar que el CP deja un amplio margen para rebajar la pena de la tentativa en 1 o 2 grados atendiendo a «peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado» (art. 62 CP).

[33] MIR PUIG, *RECPC*, (3), 2001, pp. 1 ss.

en peligro manifiesto". Esta situación constituye un elemento negativo del tipo del art. 382 *bis* CP como consecuencia de la expresión «fuera de los casos contemplados en el artículo 195». Si entendemos que la no concurrencia de esta circunstancia debe quedar abarcada por el dolo del autor, entonces, en coherencia con los hechos probados, el acusado realizó el tipo objetivo del art. 382 *bis* CP (abandonar el lugar encontrándose la víctima, en este caso, fallecida) en error de tipo. Ciertamente, si huyó tras el siniestro pensándose que la víctima del mismo se hallaba en una situación de desamparo, esto quiere decir que realizó una conducta acorde a los presupuestos objetivos de aplicación del precepto referenciado, pero representándose erróneamente la concurrencia de sus elementos típicos. Un error, en todo caso, vencible que conduciría a la inaplicación del tipo por falta de una modalidad imprudente. En otras palabras, toda situación de tentativa inidónea de omisión del deber de socorro constituye, simultáneamente, una situación de error de tipo (vencible) sobre las circunstancias típicas del art. 382 *bis* CP. Atendiendo a la propia doctrina del TS, ambos casos serían impunes. Y ello fortalece la impresión de que este último precepto no se ha introducido, en ningún caso, para paliar una supuesta "laguna de punibilidad". En efecto, la concurrencia estructural del supuesto de hecho carente, en opinión del TS, de respuesta penal (tentativa inidónea del 195 CP) impide la aplicación del tipo ex art. 382 *bis* CP.

5. Consideraciones finales ¿Cuándo uno —art. 195.3 CP— y cuándo el otro —art. 382 *bis* CP—?

Por todo lo indicado, considero que el acusado debía haber sido condenado por un delito del art. 195.3 CP en grado de tentativa. Sobre esta impresión, es posible efectuar una serie de pautas para delimitar este último precepto y el "delito de fuga". Para empezar, todo intento de acotamiento debe partir de la idea de que, mientras que el tipo del art. 195 CP se fundamenta estructuralmente en un deber general de solidaridad, el art. 382 *bis* CP encuentra su fundamento en un deber de colaboración con el Estado, más en concreto, con la Administración de Justicia. El contenido de ambos deberes difiere por completo: en el primer caso, la obligación consiste en "quedarse y socorrer"; en el segundo, "quedarse y esperar". Dicho esto, cuando un sujeto causa, fortuita o imprudentemente, un accidente de tráfico con víctimas, le incumbe cerciorarse del estado en el que esta última se encuentra[34]. Si esta ha fallecido o presenta las lesiones del art. 152.2 CP y no se halla "desamparada y en peligro manifiesto", el sujeto tiene la obligación de quedarse en el lugar en cumplimiento de un deber de colaboración con la Administración de Justicia en aras de esclarecer los hechos (art. 382 *bis* CP). En caso de que la víctima estuviera "desamparada y en peligro manifiesto", nacerá la obligación de auxiliarla en cumplimiento de un deber de solidaridad intensificada (art. 195.3 CP). Si el sujeto desatiende la incumbencia de cerciorarse del estado de la víctima y huye del lugar pensándose que esta se encuentra "desamparada y en peligro manifiesto", estará realizando una conducta racionalmente capacitada, desde su posición, para consumar el tipo del art. 195.3 CP. Por lo tanto, deberá ser castigado como autor de una tentativa (inidónea, si se prefiere) de omisión del deber de socorro. De considerarse, según la propuesta del TS, la impunidad de esta tentativa por la concurrencia de una "inidoneidad absoluta", no podrá procederse a la aplicación subsidiaria del art. 382 *bis* CP en la medida en que el sujeto habrá realizado la conducta prohibida por este precepto errando sobre la concurrencia de sus elementos típicos.

[34] MOLINA FERNÁNDEZ, *Memento Penal*, 2020, nm. 15848. En contra, GARCÍA ALBERO, «De la omisión del deber de socorro», en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 1042 s.

InDret
3.2022

Prisión por deudas y carácter fragmentario del Derecho penal

Comentario a la STC 32/2022, de 7 de marzo

Matías Belmonte Parra
Universidad Pompeu Fabra
matias.belmonte@upf.edu

-

1. Introducción

El pasado 7 de marzo del presente año, el Tribunal Constitucional dictó sentencia por medio de la cual estimó el recurso de amparo por el que don Miguel Ángel Durán Marmolejo, condenado a seis meses de prisión cuya ejecución fue suspendida, impugnó la decisión judicial que revocó tal suspensión por no haber cumplido el compromiso de pagar una suma de dinero en concepto de responsabilidad civil. Asimismo, objeto de amparo fueron las decisiones de rechazo de los recursos de reforma y apelación interpuestos por el recurrente (STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022)[1]).

Por medio de una nota informativa de 9 de marzo, el Tribunal Constitucional comunicó a la ciudadanía el pronunciamiento de esta sentencia, bajo el título «El Tribunal Constitucional advierte de nuevo frente a la prisión por deudas»[2]. En efecto, por medio de su sentencia, y como se pasará a comentar, el Tribunal se pronunció acerca de las condiciones procedimentales y el estándar de fundamentación que debe exigirse a una resolución que revoca la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, cuando el penado no tenga suficiente capacidad económica para satisfacer la responsabilidad civil. Sin embargo, lo que no es claro es de qué manera, desde una perspectiva más amplia, la regulación puede ser compatibilizada con el carácter fragmentario del Derecho penal, dado que, más allá de situaciones de incapacidad económica, parece que sería posible encarcelar a alguien por no satisfacer la responsabilidad civil. Sobre este aspecto, es posible aportar alguna idea adicional a la reflexión.

A continuación, se comentarán los antecedentes tenidos a la vista por el Tribunal Constitucional y que dieron origen al recurso de amparo (2). Luego, se sintetizarán los aspectos más relevantes de la decisión del Tribunal de acoger el recurso interpuesto (3). Finalmente, se apuntarán ciertas ideas acerca de la satisfacción de la responsabilidad civil en el contexto de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, que podrían servir de pauta interpretativa para la

[1] Ponente Conde-Pumpido Tourón.

[2] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Nota Informativa Nº 17/2022. El Tribunal Constitucional advierte de nuevo frente a la prisión por deudas,* 9 de marzo de 2022, en https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2022_017/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2017-2022.pdf.

legitimación de la revocación de la suspensión en caso de incumplimiento (4). Se cerrará con un breve apartado de conclusiones (5).

2. Antecedentes

Por sentencia del Juzgado de lo Penal nº 21 de Madrid dictada en procedimiento abreviado (SJP, nº 21, de Madrid, 23 de octubre de 2018), se condenó a don Miguel Ángel Durán Marmolejo a una pena de prisión de seis meses como autor de un delito de atentado a agentes de la autoridad[3]. Asimismo, se le condenó a indemnizar a los policías que sufrieron sus agresiones[4]. En conformidad con los arts. 80, 84.1.3ª y concordantes del Código Penal, se dispuso la suspensión de la ejecución de la pena de prisión por un plazo de dos años condicionada al cumplimiento de tres requisitos: (i) no delinquir en dicho plazo; (ii) realizar treinta días de trabajos en beneficio de la comunidad; y (iii) abonar la indemnización por una suma total de 2.100 euros, conforme a un compromiso de pago de 70 euros mensuales.

El condenado no abonó cantidad alguna en concepto de indemnización habiendo sido requerido en diversas oportunidades. Por lo anterior, el Juzgado de lo Penal nº 12 de Madrid, encargado del procedimiento de ejecución, por medio de auto de 15 de octubre de 2019 acordó revocar el beneficio de suspensión y la procedencia del cumplimiento de la pena de seis meses de prisión, habiendo oído de manera previa solamente al Ministerio Fiscal, quien informó de forma favorable la procedencia de la revocación[5].

Ante esta decisión, el penado planteó recurso de reforma, alegando que: (i) se omitió realizar el trámite de audiencia previa exigido por el art. 86.4 CP causándole indefensión (por lo que se habría afectado la garantía constitucional del art. 24.1 de la CE)[6]; y (ii) no podía pagar pues carecía de recursos económicos, siendo la revocación una medida desproporcionada e inmotivada (suponiendo una nueva vulneración al art. 24.1 de la CE). El Juzgado de lo Penal nº 12 de Madrid desestimó el recurso de reforma con fecha 5 de noviembre de 2019, por considerar que la suspensión de la ejecución de la pena privativa venía condicionada al cumplimiento de la responsabilidad civil, circunstancia conocida y aceptada por el penado. Esta decisión se habría

[3] Por este delito se le impuso además la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Asimismo, se le condenó como autor de dos delitos de lesiones leves a penas de multa.

[4] Esta sentencia debió ser aclarada por auto del mismo Juzgado de lo Penal de 17 de enero de 2019, en el sentido de que la condena a pagar la responsabilidad civil también tenía como beneficiario a un policía que no había sido considerado originalmente, STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), I. Antecedentes, 2. c).

[5] Por medio de auto de 13 de diciembre de 2018 el mencionado Juzgado de lo Penal había resuelto incoar procedimiento de ejecución y requerimiento de pago. En su auto de revocación de un año después, el Juzgado de lo Penal expuso «que "[d]e conformidad con lo establecido en el art. 86 del Código Penal y dado que el penado ha incumplido la condición impuesta para el beneficio de suspensión de la pena privativa de libertad, dado que no ha abonado la responsabilidad civil, procede revocar dicho beneficio y acordar el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en el presente procedimiento"», STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), I. Antecedentes, 2. e).

[6] El art. 86.4 CP señala que en los casos en que concurran las circunstancias para revocar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, «*el juez o tribunal resolverá después de haber oído al Fiscal y a las demás partes*. Sin embargo, podrá revocar la suspensión de la ejecución de la pena y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión cuando resulte imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima.

El juez o tribunal podrá acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver».

fundado sobre la base de una triple premisa: (i) La ley no contemplaría la necesidad de una audiencia personal donde el penado sea oído cuando este conoce su obligación desde un principio; (ii) La parte perjudicada tiene el derecho a ser resarcida; y (iii) El art. 86.1.d) CP vigente dispone la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad como consecuencia de la insatisfacción de la responsabilidad civil[7]. Dado que el penado no abonó suma alguna de lo comprometido a pagar según su capacidad económica y que no acreditó ningún cambio en sus circunstancias económicas, el Juzgado de lo Penal infirió que el referido compromiso fue asumido de manera "torticera"[8].

El condenado interpuso recurso de apelación, reiterando los argumentos de su solicitud de reforma y señalando particularmente que: (i) se infringió el art. 86.4 CP y con ello la garantía constitucional del art. 24.1 CE al habérsele negado la oportunidad de alegar sobre las causas del impago; (ii) se vulneró el art. 86.1.d) CP, que señala como excepción a la revocación de la suspensión en caso de impago de responsabilidad civil la situación de que no se posea suficiente capacidad económica; y (iii) que la decisión de revocación fue desproporcionada pues existían otras alternativas, tales como las consideradas en el art. 86.2 CP[9]. El recurso de apelación fue desestimado por auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de enero de 2020, básicamente sobre los mismos argumentos empleados por el Juzgado de lo Penal: el condenado no cumplió con la obligación de satisfacer la responsabilidad civil y no acreditó que con posterioridad a haber asumido el compromiso de pago su situación económica hubiese variado[10]. La Audiencia Provincial admite, eso sí, que el penado no habría sido oído de manera previa a la revocación, pero sostiene inmediatamente que ello no le causó indefensión, porque en la propia sentencia de condena se condicionó la concesión de «dicho beneficio» a abonar la indemnización a los perjudicados.

Don Miguel Ángel Durán promovió recurso de amparo en contra de las resoluciones ya referidas, estas son: (a) auto del Juzgado de lo Penal nº 12 de Madrid de 15 de octubre de 2019 que revocó la suspensión de la ejecución de la pena de prisión; b) auto del mismo Juzgado de 5 de noviembre de 2019 que desestimó el recurso de reforma contra la anterior decisión; y c) auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de enero de 2020 que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la anterior resolución. La demanda de amparo contiene dos motivos: (i) Vulneración del

---

[7] El art. 86.1 CP indica los casos en que el juez revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena, señalando en lo pertinente que esto sucederá cuando:

«d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; *no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello*; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

[8] «Con tal base, se razona que las circunstancias del caso conducen a confirmar la revocación: "(…) El penado no ha acreditado en forma alguna un cambio de circunstancias por lo que cabe interpretar que cuando adquirió el compromiso lo hizo con la torticera voluntad de obtener el beneficio de la suspensión sabiendo que no iba a abonar las cuotas a que se comprometía no demostrando el más mínimo interés en reparar el daño causado, difiriendo el cumplimiento de sus responsabilidades y fraccionamiento acordado sin que se haya verificado ingreso alguno. (…). Se interpreta que asumió artificiosamente el compromiso de pago con el fin inmediato de obtener la suspensión, pero con la intención última de eludir su obligación de reparar el daño y burlar las condiciones que justificaban la concesión del beneficio y se le otorgó una confianza de la que no se ha hecho merecedor"», STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), I. Antecedentes, 2., g).

[9] El art. 86.2 CP señala que en caso de incumplimiento de prohibiciones, deberes o condiciones que no fuese grave ni reiterado se pueden imponer nuevas condiciones, modificar las existentes o prorrogar el plazo de suspensión.

[10] La STC copia lo sostenido por la Audiencia Provincial: «"(…) Corresponde a la parte acreditar que con posterioridad a la fecha de la sentencia su situación económica ha devenido en indigencia, extremo que no consta"», STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), I. Antecedentes, 2., i).

derecho fundamental a la interdicción de causar indefensión en un proceso (art. 24.1 CE), dado que, al revocar la suspensión de la prisión, se le privó de libertad sin haber sido oído; y (ii) Vulneración del derecho a la libertad (art. 17.1 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su exigencia de motivación reforzada, de la cual habrían carecido las tres resoluciones objeto del recurso de amparo[11].

3. Argumentos del Tribunal Constitucional para otorgar el amparo

Para el análisis del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional sigue, en general, el orden planteado en la demanda, por lo que se pronuncia, en primer lugar, sobre la supuesta indefensión alegada en virtud de la falta de audiencia previa para la adopción de la decisión de revocar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y, a continuación, sobre la eventual falta de fundamentación de las resoluciones que se dictaron por el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial, ambas de Madrid, en relación con la cuestión.

Sin embargo, como consideración previa a revisar ambas líneas de argumentación, es pertinente referirse brevemente a las modificaciones que en materia de suspensión de ejecución de penas privativas de libertad significó la entrada en vigencia de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (en adelante, LO 1/2015) de forma tal que sirva de contexto al pronunciamiento jurisprudencial.

3.1. Modificaciones de la LO 1/2015 en la materia[12]

En materia de suspensión y sustitución de penas, la LO 1/2015 significó la introducción de un único régimen que reemplazó la anterior regulación triple (suspensión ordinaria, suspensión para el caso de drogodependientes y sustitución de la pena). En la actualidad, dichos supuestos de suspensión y sustitución se mantienen, pero como alternativas u opciones posibles, asegurando que la decisión acerca de la ejecución de la pena se adopte en una única oportunidad. Todo lo anterior, en el marco de una reforma que «tiene como finalidad esencial dotarla de una mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida de esta fase inicial de la ejecución de las penas de prisión» (LO 1/2015, Preámbulo, IV).

En particular en relación con el cumplimiento de la responsabilidad civil, se pasa de un régimen de comprobación previa de capacidad económica a uno de análisis posterior. En efecto, el sistema

---

[11] Mientras el art. 17 CE consagra constitucionalmente el derecho a la libertad y a la seguridad, el art. 24 se refiere a la tutela judicial efectiva y a consideraciones de debido proceso en los siguientes términos: «1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

[12] A este respecto, véase, entre otros, TRAPERO BARREALES, *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, 2017, *passim*; AYALA GARCÍA/ECHANO BASALDUA, «La suspensión de la pena tras la LO 1/2015», en LANDA GOROSTIZA et al., *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 199-224; TÉLLEZ AGUILERA, «El libro primero del Código Penal tras la Ley Orgánica 1/2015», *La Ley Penal,* (114), Sección Estudios, 2015 (versión electrónica), *passim*; y VEGAS AGUILAR/HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, «La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal», *Teoría y Derecho,* (18), 2015, pp. 238-267.

anterior exigía satisfacer la responsabilidad civil para decretar la suspensión de la ejecución de la pena, salvo que se declarase la imposibilidad total o parcial de que el condenado cumpliera con tal obligación, caso en el que se le podía conceder igualmente la suspensión si cumplía con los otros requisitos[13]. Luego de la modificación operada por la LO 1/2015, se adopta un sistema inverso: la suspensión de la ejecución se concede, si se dan los otros requisitos legales, en caso de que el penado satisfaga la responsabilidad civil, lo que se entenderá cumplido «cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica» (art. 80.2.3ª CP). Con posterioridad, si el condenado no da cumplimiento al compromiso de pago, le puede ser revocado el beneficio en conformidad al art. 86.1.d) CP, salvo que el incumplimiento se deba a que carece de capacidad económica[14].

La constitucionalidad de esta modificación del sistema fue objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional (ATC (Pleno) 3/2018, de 23 de enero (BOE núm. 46, de 21 de febrero de 2018)). En este caso, un juez de un Juzgado de lo Penal interpretó que el nuevo sistema era inconstitucional (contraviniendo los arts. 17, 25.2 y, especialmente, el art. 14 CE) por el hecho de que impediría conceder la suspensión de la pena a quien careciera de recursos económicos[15]. En dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional sostuvo que la modificación legal solo tuvo por objeto que la obligación de pagar la indemnización no desapareciera de antemano, pudiendo asumirse por cualquier condenado «de acuerdo a su capacidad económica» (incluso considerando la posibilidad de que se asuma un compromiso futuro de pago en caso de que su situación económica mejorase). Si durante la ejecución se advierte un incumplimiento que tiene como causa una situación de insolvencia, la suspensión no debe ser revocada. En este sentido, «la clave del nuevo sistema no es, en cualquier caso, dejar fuera de la suspensión a los que son insolventes en el momento en que se ha de decidir sobre su concesión»[16].

Dicho pronunciamiento fue considerado también por el Tribunal Constitucional en la decisión que motiva este comentario[17]. Sin embargo, nada se había dicho específicamente acerca de la constitucionalidad de la revocación de la suspensión de la ejecución por falta de pago de la responsabilidad civil en conformidad con la nueva normativa[18]. Se pasan a revisar los fundamentos jurídicos de la sentencia en comento.

---

[13] El diagnóstico acerca de tal procedimiento no era positivo: «El sistema actual de comprobación previa resulta ineficaz y poco ágil, y dificulta que las decisiones sobre la suspensión de la pena puedan ser adoptadas en el mismo momento en que se dicta sentencia», LO 1/2015, Preámbulo, IV.

[14] Acerca de si la incapacidad económica (insolvencia material) se identifica necesariamente con la declaración judicial de insolvencia (insolvencia formal), se refiere ALONSO BUZO, «La incapacidad de pago de la responsabilidad civil en los supuestos de suspensión de la condena», *La Ley Penal,* (156), Sección Estudios, 2022 (versión electrónica), pp. 6-8.

[15] De la misma opinión, GIL GIL et al., *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España,* 2018, p. 285.

[16] ATC (Pleno) 3/2018, de 23 de enero (BOE núm. 46, de 21 de febrero de 2018), FJ 7.

[17] Véase STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), FJ 4.

[18] El Tribunal Constitucional, de hecho, fundamenta en la modificación legal la trascendencia constitucional del asunto, «"toda vez que el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de cambios normativos relevantes para la configuración del derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 b)]"», STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), I. Antecedentes, 5.

3.2. La falta de audiencia previa a la decisión de revocar la suspensión de la prisión causó indefensión al penado

El Tribunal Constitucional comienza recordando que ya se ha pronunciado con anterioridad acerca de que la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad afecta la garantía constitucional de libertad, por más que el título jurídico habilitante sea la sentencia condenatoria, por lo que se exige la audiencia previa del condenado[19]. Además, el Tribunal Constitucional señala que en dichas sentencias se ha respaldado tal exigencia en diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) que, interpretando el art. 5.4 de la CEDH, ha declarado que la privación de libertad exige, para efectos de poder ser impuesta o revisada, un proceso contradictorio y en igualdad de armas[20].

Tal asentada doctrina europea se precisa en la sentencia comentada en dos aspectos: (i) la necesidad y el momento de la revisión judicial de la privación de libertad; y (ii) las garantías procesales que incorpora. En relación con lo primero, el TEDH exigiría un nuevo examen de circunstancias cada vez que surjan «cuestiones nuevas relacionadas con la legalidad de la prisión», caso que se daría cuando se revoca una libertad condicional por incumplimiento de las condiciones impuestas[21]. Y en cuanto a lo segundo, dado que el procedimiento debe ser adecuado a la afectación de libertad de que se trate, debe exigirse audiencia previa a la privación de libertad[22].

A la luz de dicha doctrina, el Tribunal Constitucional considera que la exigencia de un procedimiento contradictorio y en igualdad de armas se impone no solamente para la concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, sino que, además, para la discusión del acaecimiento de las circunstancias a las que se vincula la revocación de tal suspensión, como es el caso, según el art. 86.1.d) CP, de la capacidad económica del penado. Todo esto, máxime cuando la LO 1/2015 incorporó en el art. 86.4 CP un procedimiento

---

[19] En este sentido, sostiene que «hemos afirmado en la STC 284/2004, de 20 de diciembre, FJ 3, y luego en las SSTC 76/2007, de 16 de abril, FJ 5, y 222/2007, de 8 de octubre, FJ 2, que "la audiencia constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE), siendo dicha exigencia tanto más relevante en un caso como el presente en el que lo que se dilucida es el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en centro penitenciario"», STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), FJ 2, a).

[20] Se citan en este sentido las siguientes sentencias, «entre muchas, SSTEDH de 24 de octubre de 1979, asunto *Winterwerp c. los Países Bajos*, § 60; de 21 de octubre de 1986, caso *Sánchez Reisse c. Suiza*, § 12; de 12 de diciembre de 1991, asunto *Toht c. Austria*, § 84; de 23 de septiembre de 2004, asunto *Kotsaridis c. Grecia*, § 29)», STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), FJ 2, b).

[21] En efecto, el Tribunal Constitucional sostiene que, si bien el TEDH ha señalado que la revisión que exige el art. 5.4 de la CEDH en caso de privación de libertad tras una condena legal se entiende incorporada en la misma sentencia condenatoria, tal «principio de incorporación» debe ser matizado cuando surgen estas cuestiones nuevas. En este sentido, se hace referencia a diversas sentencias del TEDH: STEDH de 2 de marzo de 1987, asunto *Weeks c. Reino Unido*, §§ 55-56; STEDH de 25 de octubre de 1990, asunto *Thynne, Wilson y Gunnell c. Reino Unido*, § 68; STEDH de 19 de enero de 2017, asunto *Ivan Todorov c. Bulgaria*, § 59 y, especialmente, TEDH de 30 de enero de 2018, asunto *Etute c. Luxemburgo*, § 33, STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), FJ 2, b).

[22] El Tribunal Constitucional hace presente que el TEDH ha sostenido que, si bien el art. 5.4 de la CEDH no impone un estándar uniforme e invariable para la exigencia de revisión, sí exige que el control tenga carácter judicial y que el procedimiento garantice la contradicción y la igualdad de armas y, desde tales condiciones generales, «se adecue al tipo de privación de libertad, al contexto, hechos y circunstancias». En particular sobre este punto se mencionan la STEDH de 24 de octubre de 2010, asunto *Winterwerp c. Países Bajos*, § 60; y la STEDH de 10 de mayo de 2016, asunto *Derungs c. Suiza*, §§ 72 y 75, STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), FJ 2, b).

contradictorio según el cual, antes de resolver acerca de la eventual revocación de la suspensión, el juez o tribunal debe «haber oído al Fiscal y a las demás partes», con la sola excepción de que el ingreso inmediato a prisión fuese imprescindible para evitar la reiteración delictiva, impedirla huida del penado o proteger a la víctima»[23].

En el caso particular del penado recurrente de amparo, el Tribunal Constitucional considera que, dado que el fundamento para revocar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión de seis meses a la que fue condenado era el incumplimiento de una de las condiciones, esto es, la insatisfacción de la responsabilidad civil, se planteaban nuevas cuestiones que no podían estimarse incorporadas en la sentencia condenatoria original, sino que debían someterse a un procedimiento que garantizase la igualdad de armas. De hecho, esto es expresamente previsto por el Código Penal en esta materia, que no considera la revocación automática en caso de incumplimiento de responsabilidad civil, sino que exige examinar la capacidad económica del penado (art. 86.1.d)) en el marco de un incidente contradictorio (art. 86.4).

Conforme a los antecedentes tenidos a la vista, era claro que no se dio audiencia al penado antes de la resolución del Juzgado de lo Penal de revocar la suspensión (peor aún, se oyó solamente al Ministerio Fiscal) y tampoco concurría una circunstancia que hiciera imprescindible su inmediata puesta en prisión. Dado que la causa de revocación (incumplimiento de la responsabilidad civil) exigía comprobar una circunstancia personal del sujeto (suficiente capacidad económica), resultaba imprescindible oírle de manera previa a revocar la suspensión de la prisión. Por todo lo anterior, el Tribunal Constitucional estima que «la ausencia de una audiencia contradictoria en la que se oyera al recurrente sin ninguna explicación plausible vulnera las garantías del procedimiento adecuado en los incidentes en los que se ventila el efectivo ingreso en prisión con objeto de examinar su legalidad»[24].

3.3. Las resoluciones del Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial incumplieron las exigencias constitucionales de motivación

El Tribunal Constitucional recuerda haber afirmado anteriormente la existencia de un «canon reforzado de motivación» cuando una decisión judicial incide en la libertad de una persona. Entiende que esto ocurre con las resoluciones judiciales que se pronuncian sobre medidas alternativas a la prisión, beneficios penitenciarios y la suspensión de la ejecución de la pena. Lo anterior exigiría una fundamentación que debería seguir dos pautas: (i) en sentido negativo, no es motivación suficiente la simple referencia al carácter discrecional de la decisión; y (ii) en sentido positivo, se exige una ponderación de los bienes y derechos en conflicto en conformidad con los fines de la institución y de la pena privativa de libertad[25].

En relación con la responsabilidad civil, el Tribunal sostiene que ni la suspensión de la ejecución de la pena ni su revocación pueden condicionarse a su satisfacción cuando el pago es imposible

[23] Véase STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), FJ 2, c).

[24] STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), FJ 3. Esta apreciación es distinta de la que tuvo el Ministerio Fiscal, que sostuvo que la falta de audiencia en la práctica no provocó la indefensión del condenado, pues este tuvo la posibilidad de alegar lo que le parecía pertinente tanto en su recurso de reforma como en el de apelación (I. Antecedentes, 8.a)).

[25] Esto último será objeto de una ulterior revisión en el siguiente apartado (4).

en virtud de la incapacidad económica del penado, regla que debe ser observada al motivar las resoluciones que revocan una suspensión[26].

A la luz de esos presupuestos, el Tribunal pasa a revisar la fundamentación de las resoluciones objeto del recurso de amparo, sistematizando los argumentos en tres grupos, ninguno de los cuales satisfaría el estándar de motivación[27]:

a) El impago de la responsabilidad civil no genera automáticamente la consecuencia de revocar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión. El razonamiento del Juzgado de lo Penal y de la Audiencia Provincial no solamente obvia la norma expresa del art. 86 CP que exige audiencia previa y considera como excepción la incapacidad económica, sino que, además, infringe el derecho a la igualdad (art. 14 CE).

b) El derecho a la reparación a la víctima, por más que puede ser un objeto legítimo de la regulación vigente, encuentra su límite en la prohibición de condicionar la satisfacción de la responsabilidad civil cuando no hay capacidad económica para su cumplimiento[28].

c) De la asunción de un compromiso inicial de satisfacer la responsabilidad civil, que luego se incumple sin acreditar un cambio en la capacidad económica, no se puede inferir automáticamente que ello fue realizado de manera "torticera", porque nunca habría existido voluntad del penado de cumplir. Lo anterior, principalmente porque, como se dijo en el apartado 3.1., el nuevo sistema ha desplazado la consideración de la incapacidad de pago desde el momento inicial en que se decide la suspensión de la ejecución de la pena a la etapa de resolver sobre su revocación. Por ello, la adopción de una decisión de revocación que se basa en una inferencia o presunción de capacidad económica sin audiencia previa del condenado, no resulta conforme al canon de motivación reforzada[29].

Finalmente, el Tribunal Constitucional agrega que, si el Juzgado de lo Penal hubiese tenido la intención de confirmar su presunción, además de haber citado a audiencia al penado, podría haber hecho uso de la facultad adicional establecida en el art. 86.4 CP, consistente en realizar las diligencias de comprobación necesarias y acordar la celebración de una vista oral para resolver, lo que no hizo.

---

[26]«En especial, la motivación de las decisiones judiciales que revocan una suspensión deben (sic) tener presente esta regla en su examen de la concurrencia de los presupuestos legales de tal consecuencia, que a su vez la reflejan [art. 86.1.d) CP» STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), FJ 4.

[27] Véase STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), FJ 5.

[28] Sobre la satisfacción de los intereses de la víctima como uno de los principales objetivos de la nueva regulación en materia de responsabilidad civil como condición de suspensión de ejecución de penas, véase GIL HEREDIA, «Ejecución penal y responsabilidad civil derivada de delito. La suspensión ordinaria de las penas privativas de libertad», *Diario La Ley*, (9758), Sección Tribuna, 2020 (versión electrónica), *passim*.

[29] Además, señala el Tribunal Constitucional, no puede descartarse que el compromiso de pago pudo haberse asumido en la «confianza razonable de venir a mejor fortuna o de recibir ayuda externa –de la familia o de los amigos- para hacer frente a la deuda, confianza que luego se ha visto defraudada», STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), FJ 5, c).

3.4. Decisión del Tribunal Constitucional: vulneración del art. 24.1 en relación con los arts. 24.2 y 17 CE

En suma, sostiene el Tribunal Constitucional, «se ha revocado la suspensión de la pena de prisión (…) sin que la fundamentación de las resoluciones impugnadas alcance a justificar la concurrencia del presupuesto de la revocación, el impago injustificado, ni reflejen haber tenido en cuenta las circunstancias de solvencia del sujeto como impone la exigencia constitucional de que la motivación sea concordante con los supuestos en que la Constitución permite la afectación del valor superior de la libertad, aquí, la necesidad de evitar privaciones de libertad por impago de la responsabilidad civil discriminatorias. Y se ha hecho sin haber dado oportunidad al recurrente de alegar sobre la concurrencia de la causa de cancelación de la suspensión en el momento en que toca decidir sobre la posible revocación del beneficio». De esta manera, «las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la libertad y el derecho al proceso debido del recurrente (art. 24.1 CE en relación con los arts. 17 y 24.2 CE)[30]». Por lo anterior, resolvió anular las resoluciones recurridas y retrotraer las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de la primera.

4. Prohibición de prisión por deudas y carácter fragmentario del Derecho penal

Los antecedentes tenidos a la vista por el Tribunal Constitucional le permitieron acoger el amparo, pues evidentemente se había obviado regulación expresa por parte del Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial y, en consecuencia, se infringieron las garantías constitucionales del penado que fueron mencionadas en su oportunidad. En particular, no se dio lugar a la audiencia del condenado de manera previa a tomar la decisión de revocar la suspensión de la ejecución de la prisión y, además, no se atendió a la circunstancia de que el penado carecía de capacidad económica para satisfacer la responsabilidad civil, lo que habría impedido la revocación por mandato legal.

En particular en relación con lo último, teniendo en consideración la prohibición de prisión por deudas, el Tribunal Constitucional sostuvo que «ni la suspensión ni la revocación pueden condicionarse al pago de la responsabilidad civil *cuando es imposible ese pago*», por lo que la normativa en esta materia no incumple dicha prohibición[31]. En efecto, en conformidad al art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966, nadie puede ser encarcelado «*por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual*»[32]. De esta manera, la regulación sobre la revocación de la suspensión de la pena privativa de libertad se aleja del fantasma de la prisión por deudas[33].

---

[30] STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), FJ 5.

[31] STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), FJ 4.

[32] En este mismo sentido, es pertinente señalar que el delito de impago de pensiones del art. 227 CP también produjo la duda acerca de si no estaría regulando una prisión por deudas. Sin embargo, el Tribunal Supremo tuvo la ocasión de pronunciarse al respecto, señalando que no se incurre en una infracción al art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (incorporado al ordenamiento español en conformidad a los arts. 10.2º y 96.1º CE), pues dicha normativa impide el encarcelamiento «por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual» y el delito referido, en tanto omisivo, «únicamente se comete cuando se omite la conducta debida *pudiendo hacerla*», STS 1148/1999, Penal, de 28 de julio (ECLI:ES:TS:1999:5469), FD 4º.

[33] «Con este matiz se intenta evitar que el objetivo de dar satisfacción a la víctima no vaya tan lejos de privar de libertad a quien verdaderamente no tiene capacidad de pago, lo cual perjudicaría a los más desfavorecidos económicamente, en detrimento del principio de igualdad, y, si bien no desde un punto de vista formal, pero sí

Sin embargo, la pregunta que surge es: ¿qué sucede cuando el pago de la responsabilidad civil es posible y se incumple? En tal caso, la consideración de una pena privativa de libertad no infringiría la proscripción de la prisión por deudas, pero sí parece tensionar el carácter fragmentario del Derecho penal. En palabras de MIR PUIG: «el impago de una deuda no constituye delito por muy importante que sea la lesión patrimonial que supone»[34].

Es cierto que el Tribunal Constitucional, dado que no era el objeto de la controversia, no tenía por qué hacerse cargo de esta cuestión. Sin embargo, hubiera sido ideal que entregase mayores consideraciones acerca de la legitimidad de una regulación que, en la práctica, contempla la prisión por incumplimiento de una deuda cuando considera la posibilidad de revocar una suspensión de ejecución de pena privativa de libertad en caso de no cumplirse el compromiso de pago de responsabilidad civil. Aquí se aporta una reflexión que podría colaborar en otorgar tal legitimidad.

4.1 La necesidad de atender a los fines de la institución

En diversos pasajes de la sentencia comentada, el Tribunal Constitucional sostiene la exigencia de fundamentar la decisión de revocar la suspensión de la prisión en los fines de la institución[35]. Sin embargo, salvo algunas referencias a que serían razones de prevención especial las que motivan la suspensión de la prisión (teniendo en consideración el objeto de evitar penas privativas de libertad de corta duración)[36], nada se dice en relación con los fines de las

---

material, nos acercaría a la prohibida prisión por deudas», MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, «El impago de la responsabilidad civil ex delicto, ¿Una nueva forma de prisión por deudas», *La Ley Penal*, (135), Sección Legislación aplicada a la práctica, 2018 (versión electrónica), p. 5.

[34] MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General,* 10ª ed., 2016, p. 103, nm. 69. Por ello, y ejemplificando con el delito de impago de pensiones del art. 227 CP al que se ha hecho referencia anteriormente, no ha bastado con sostener que este no infringe la prohibición de prisión por deudas, sino que se han tenido que destacar los fundamentos que sostienen el merecimiento y necesidad de la prohibición penal a su respecto. En este sentido, el Tribunal Supremo ha sostenido que «El delito tipificado en el actual artículo 227 del Código Penal vigente, lo que pretende es proteger a los miembros más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por el obligado a prestarlos; *luego el bien jurídico protegido no es el cumplimiento de una resolución judicial, sino el derecho de asistencia económica a que tienen derecho determinados miembros de una unidad familiar*», STS 346/2020, Penal, de 25 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2483), FD 4º. Otro ejemplo en el mismo sentido se encuentra en la fundamentación que se ha dado para justificar la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Una sentencia de hace más de 30 años del TC sostuvo que la privación de libertad en tales casos no tenía como fundamento mediato la no satisfacción de la multa: «La insolvencia determinante de la inejecutabilidad de la pena patrimonial no es el fundamento de la posible aplicación de la medida subsidiaria que se considera. *La finalidad de la sustitución es la de procurar que no quede sin sanción, en esta hipótesis, una determinada transgresión del ordenamiento penal*», STC (Pleno) 19/1988, de 16 de febrero (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 1988), FJ 4.

[35] Así, por ejemplo: «Tal afectación al valor libertad determina que una resolución fundada en Derecho relativa a la suspensión requiere que el fundamento de la decisión no solo constituya una aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso, sino también que su adopción esté presidida, más allá de por la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales, *por la expresión de la ponderación, de conformidad con los fines de la institución y los constitucionalmente fijados a las penas privativas de libertad, de los bienes y derechos en conflicto* (entre muchas, SSTC 25/2000, 31 de enero, FFJJ 2, 3 y 7, y 57/2007, de 12 de marzo, FJ 2)», STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), FJ 4.

[36] Al finalizar el FJ 4, la sentencia señala: «En especial, la motivación de las decisiones judiciales que revocan una suspensión deben tener presente esta regla en su examen de la concurrencia de los presupuestos legales de tal consecuencia, que a su vez la reflejan [art. 86.1.d)CP: "salvo que careciera de capacidad económica para ello"], junto con la ponderación de los bienes y derechos en conflicto de conformidad con los fines constitucionalmente fijados de las penas privativas de libertad y *la orientación a la reeducación y reinserción social inherente a la figura de la suspensión como alternativa a los efectos contrarios de las penas privativas de libertad cortas*», STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), FJ 4.

condiciones que se imponen para conceder la suspensión y cuyo incumplimiento, por lo tanto, propiciaría su revocación.

Efectivamente, del tenor expreso de la ley se sigue que la prevención especial es la consideración más relevante para efectos de conceder la suspensión de la pena privativa de libertad (art. 80.1 CP: «Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando *sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos*»). En el mismo sentido se disponen las circunstancias que el juez debe considerar para efectos de llegar a tal determinación[37].

Mucho menos claro es, sin embargo, cuáles son la naturaleza y los fines asociados a la satisfacción de la responsabilidad civil (art. 80.1.3ª CP), como condición esencial para conceder la suspensión de la pena; y de las prohibiciones, deberes (art. 83[38]) y prestaciones o medidas (art. 84[39]) como condiciones que discrecionalmente pueden imponerse para suspender la ejecución de la pena. El problema de esta falta de claridad es que dificulta la fundamentación de la revocación en caso de incumplimiento, sobre todo si esta trae consigo la ejecución efectiva de una pena privativa de libertad. Centremos el enfoque en la satisfacción de la responsabilidad civil.

4.2 La relevancia penal de la insatisfacción de la responsabilidad civil

Como ya se ha señalado, el carácter fragmentario del Derecho penal exige que conductas tales como la de incumplir una obligación de dinero no merece ni necesita prohibición y sanción penal, salvo que sea realizada a través de una modalidad que la dote de suficiente gravedad como, por ejemplo, el actuar fraudulento. A partir de esta premisa, surge la pregunta de si no iría en contra de este principio del Derecho penal la puesta en prisión de una persona por el mero hecho de que esta incumplió una obligación de satisfacer la responsabilidad civil a la que se había comprometido, pues esto es lo que parece suceder con la revocación de la suspensión de la privación de libertad en conformidad a los arts. 80.1.3ª y 86.1.d) CP.

La búsqueda de una respuesta exige reflexionar acerca de la naturaleza y los fines de esta condición y la realidad es que, en general, se estima que el objetivo de la regulación es la

[37] El segundo párrafo del art. 80.1 CP agrega en este sentido: «Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, 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». Que la prevención especial es el criterio predominante a considerar en este ámbito lo sostiene doctrina mayoritaria, sólo a modo ejemplar, GIL GIL et al., *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España,* 2018, pp. 277-278. Por su parte, SÁNCHEZ ROBERT, «La revocación de la suspensión como efecto del incumplimiento de las condiciones», *Cuadernos de Política Criminal,* (115), 2015, pp. 232-239; y TRAPERO BARREALES, *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, 2017, pp. 64-68 agregan que los fines de prevención general se encuentran también considerados por la limitación de los delitos cuya pena es susceptible de ser suspendida (por regla general, aquellos que tengan asociados penas privativas de libertad no superiores a dos años).

[38] Estas prohibiciones y deberes tienen por objeto evitar o debilitar ciertas condiciones criminológicas y, por ello, se verifican en la forma de prohibiciones de aproximarse a la víctima o a ciertas personas determinadas, en el deber de fijar residencia y en la participación de programas formativos, laborales y culturales, entre otros.

[39] Como "prestaciones o medidas" se consideran algunas que también se imponen como penas en conformidad al Código Penal, como sucede con la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad. TRAPERO BARREALES, *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, 2017, pp. 278-290 sostiene que estas prestaciones y medidas son derechamente "penas sustitutivas".

protección de la víctima perjudicada por el delito[40]. El problema de esta unidimensional comprensión es que impide distinguir la insatisfacción de esta condición (no pagar la responsabilidad civil en el marco de la suspensión de una pena privativa de libertad) de cualquier otro incumplimiento de obligación civil, que también puede tener su origen en una obligación extracontractual, pero que carece de coerción penal.

Por ello, se estima que lo esencial es destacar la diferencia cualitativa que existe entre ambos supuestos de obligación civil (es decir, entre aquel compromiso que se asume en el marco de una suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad y cualquier otra obligación dineraria)[41]. En este sentido, en línea con el Tribunal Constitucional de atender a la naturaleza y los fines de la institución, se estima que las alternativas posibles serían: (i) vincular la satisfacción de la responsabilidad civil con la finalidad de la suspensión de la pena privativa de libertad; o (ii) "*funcionalizar*" la responsabilidad civil en virtud de los fines de la pena.

En relación con lo primero (i), la fundamentación de la responsabilidad civil en el particular contexto que se comenta iría en línea de garantizar los propósitos de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad: es decir, mediante el compromiso de pago, el penado demostraría un menor riesgo de incurrir en una reiteración delictiva, en la medida que asume su responsabilidad con la víctima[42]. Ello destacaría que la imposición efectiva de la pena privativa es innecesaria[43]. Por su parte, el incumplimiento del compromiso de pago impondría a los tribunales el desafío de justificar de qué manera dicha actitud implicaría un riesgo de reincidencia, lo que no resulta evidente[44].

La segunda opción (ii) consistiría en vincular la satisfacción de la responsabilidad civil, en el particular contexto de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, con el cumplimiento de los fines de la pena de una manera más general, y no exclusivamente focalizada en aspectos de prevención especial. Siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, en los casos de suspensión de pena, la dimensión comunicativa de la pena ya ha tenido lugar (a través de la sentencia condenatoria), por lo que la satisfacción de la responsabilidad civil (junto a otras condiciones que le pueden ser impuestas al penado) operaría como un equivalente funcional de la dimensión aflictiva de la pena: «En lugar de ejecutar la condena, y dadas determinadas condiciones, ésta se suspende. Así se pueden cumplir finalidades equivalentes a las de la ejecución de la condena (en

---

[40] GIL HEREDIA, *Diario La Ley*, (9758), Sección Tribuna, 2020 (versión electrónica), pp. 8-9.

[41] TRAPERO BARREALES, *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, 2017, pp. 392-393 plantea como una opción interpretativa posible la búsqueda de tal diferencia cualitativa. Sin embargo, pone el acento en la causa de la obligación civil (delito en el caso de la suspensión) como la esencia de esa diferenciación cualitativa. Aquí, como se dirá, se pretende acentuar la función misma que cumple la asunción de la responsabilidad civil en el específico contexto de que se trata.

[42] AYALA GARCÍA/ECHANO BASALDUA, en *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, 2017, p. 209, sostiene que así entendida la responsabilidad civil (como un comportamiento postdelictivo positivo), podría ser tenido como redundante, en razón de que, en conformidad al art. 80.1 CP, el juez debe valorar el comportamiento postdelictivo como una de las circunstancias para llegar a la determinación de que la ejecución de la pena no es necesaria para evitar la comisión futura de nuevos delitos.

[43] VEGAS AGUILAR/HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Teoder,* (18), 2015, p. 244, sostienen que imponer la pena en tales circunstancias «limitaría la finalidad de dicha pena a una mera retribución, una venganza de la sociedad contra el individuo, obviando por completo la reinserción y la reeducación social».

[44] Así TRAPERO BARREALES, *El nuevo modelo de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, 2017, p. 391, apunta que, en estricto rigor, solo la repetición de un comportamiento delictivo podría frustrar el propósito de la suspensión.

cuanto a la intimidación, el refuerzo de la confianza social en el sistema jurídico-penal, etc.), eludiendo su principal efecto secundario: la desocialización del delincuente primario»[45].

Se es consciente de que acercar la satisfacción de la responsabilidad civil a la naturaleza de la pena tiene dificultades no solamente de *lege lata*, sino que, sobre todo, es una vía que casa dificultosamente con la cultura jurídica de la que se es parte[46]. Sin embargo, tal comprensión permitiría, en lo específico, justificar eventualmente que su incumplimiento expresa un disvalor propio de un quebrantamiento de condena, por lo que ameritaría la revocación de la suspensión y, en consecuencia, la puesta en prisión efectiva por parte del condenado.

Sin la pretensión de acotar las alternativas a estas dos comprensiones, se pretende destacar, tal como lo hizo el Tribunal Constitucional, las altas exigencias que implica fundamentar por qué el solo incumplimiento de la responsabilidad civil ameritaría la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y, en consecuencia, la puesta en prisión del penado. Según las alternativas que aquí se han propuesto, ello exigiría justificar que la insatisfacción civil expresa un riesgo de reincidencia o insatisface absolutamente los fines de la pena, respectivamente. Tales dificultades permiten que sea razonable considerar que en casos en que el penado solamente ha incumplido el pago de lo acordado en concepto de perjuicios, el tribunal pueda considerar que tal incumplimiento no tiene carácter grave y, por lo tanto, decida imponer medidas menos aflictivas que la puesta en prisión del condenado[47].

---

[45] SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, p. 118. Ya en 1997 este autor había sostenido que la reparación, en el marco del ordenamiento jurídico-penal, debe ser comprendida de una manera mucho más amplia que la sola relación bilateral entre un acreedor y un deudor, véase SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de 'reparación'», *Revista del Poder Judicial,* (45), 1997, pp. 183-202.

[46] COCA VILA, «La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)», *InDret*, (3), pp. 69-99, explica que incluso la multa (cuya naturaleza de pena es reconocida por el ordenamiento jurídico) tiene dificultades para ser considerada como tal, teniéndosela en general como una "pena impropia", lo que se fundamenta en la comprensión tradicional de que la prisión es el castigo criminal por antonomasia. En este sentido, propone concebir a la multa como una pena propiamente tal. Son pertinentes a este respecto sus asunciones acera de en qué consiste la dimensión aflictiva de la pena: (i) la aflicción es normativa (consiste en la afectación de una libertad individual y no en la irrogación de un sufrimiento medible); (ii) la aflicción es objetiva (no es relevante que el penado no conciba el castigo como un mal); y (iii) la aflicción cumple una función expresiva (es el mecanismo a través del cual se transmite la censura o reprobación que requiere el castigo al tiempo que confronta al penado con el significado de su comportamiento), pp. 76-77. Dichas asunciones facilitarían una comprensión de la responsabilidad civil en el sentido aquí propuesto.

En la doctrina anglosajona, en un sentido similar puede mencionarse la comprensión de la pena por parte de DUFF, quien sostiene que *punishment* es: «*something painful or burdensome imposed on an offender for an offense by someone with the authority to do so, and intended to communicate censure*», DUFF, *Punishment, Communication and Community*, 2003, p. 97. En virtud de tal conceptualización, el referido autor sostiene que, por ejemplo, la *probation* y el trabajo comunitario deben ser entendidos como pena (pp. 99-106). Lo mismo podría argumentarse acerca del pago de una indemnización de perjuicios en el específico contexto que aquí se trata.

[47] El art. 86.2 CP dispone: «Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá:

a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado». En este sentido, una de las alegaciones del condenado era que la decisión de ponerlo en prisión efectiva era desproporcionada, véase STC (Sala Segunda) 32/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), I. Antecedentes, 2.f), 2.h) y 3.b).(ii). El Tribunal Constitucional parece referirse a esto cuando sostiene «La trascendencia de la decisión desde la perspectiva del art. 17 CE y *el afán de evitar consecuencias desproporcionadas del mero incumplimiento de las condiciones de la suspensión* tienen su trasunto procedimental en un incidente contradictorio que permita al juez formar una correcta base de conocimiento ad hoc para decidir sobre la revocación con la mayor amplitud de iniciativa probatoria y la posibilidad de celebrar vista oral», FJ 3.

5. Conclusiones

La comentada sentencia del Tribunal Constitucional implica un significativo avance en la comprensión acerca de las exigencias procedimentales que deben cumplirse para resolver acerca de la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, así como de los fundamentos de tales exigencias. Asimismo, se ha pronunciado acerca de por qué la regulación en esta materia no infringe la prohibición de prisión por deudas, atendida la circunstancia de que no se condiciona la suspensión, ni se impone su revocación, en casos en que el penado no tenga suficiente capacidad económica para satisfacer la responsabilidad civil.

En este comentario se ha pretendido agregar que, además, la normativa puede ser comprendida de forma coherente con el carácter fragmentario del Derecho penal, pero ello implica reflexionar acerca de la naturaleza y los fines que cumple la satisfacción de la responsabilidad civil en este particular contexto, el que permite diferenciarla cualitativamente de cualquier otra obligación surgida en el seno exclusivo del Derecho civil.

InDret
3.2022

Helados y encarcelamiento
Sobre el apetito de seguridad y castigo

Ian Loader
University of Oxford
-

Sumario
-
En el presente artículo, propongo un marco teórico para la investigación de la relación entre el deseo social de consumir y las demandas públicas por una mayor seguridad y castigo. En base a esto, sugiero que las respuestas punitivas a la delincuencia, al desorden social y a las amenazas terroristas (las cuales han sido descritas como «exceso penal») están directamente relacionadas con otro tipo de prácticas sociales que también pueden denominarse «de exceso», tales como el consumo de ciertos bienes y/o servicios. Este artículo subraya las cuestiones que necesitan plantearse para la comprensión de dicho fenómeno, al mismo tiempo que las prácticas que debieran investigarse, con el objetivo de avanzar en el conocimiento empírico de las penas y sanciones contemporáneas. Comenzaré con una discusión sobre cómo se ha aplicado el concepto de exceso (y similares) – y, discutiblemente, se sigue aplicando – en el estudio sobre la delincuencia y su control. Seguidamente, expongo varios argumentos con los que entender las demandas sociales que abogan por una mayor seguridad y castigo como si se tratasen de una especie de «apetito» social, y analizo cómo este apetito se relaciona con la identidad, el mercado y el Estado, de tal forma que pueda explicarse el porqué del surgimiento de prácticas penales excesivas relacionadas con la inseguridad ciudadana. Concluyo con algunas reflexiones breves sobre los efectos corrosivos y contraproducentes de tales prácticas y sobre de qué forma podríamos llegar a moderarlas o, incluso, contrarrestarlas.

Abstract
-
In this article, I set out a theoretical framework for investigating the relationship between contemporary consumer desires and practices and public demands for security and punishment. My organizing suggestion is that punishment-centred public responses to crime, social disorder and terrorist threats (what has been termed penal excess) are today bound up with other, widespread social practices of excess. The article outlines the questions that need to be posed, and the practices that can usefully be investigated, in a bid to advance empirical enquiry into this way of understanding contemporary penality. In so doing, it proceeds as follows: I begin with a discussion of how the concept of excess (and its close cousins) has been and might potentially be applied to the social analysis of crime and crime control. I then make a case for under- standing demands for security and punishment as an appetite and consider how we might examine the coupling of such appetites with identity, the market and the State in ways that can shed new light on the emergence of excessive, insecurity-reproducing penal practices. I conclude with some brief reflections on corrosive, self-defeating effects of such practices and how one may seek to moderate or counteract them.

Title: *Ice cream and incarceration. On appetites for security and punishment.*
-
Palabras clave: *Consumismo, exceso, inseguridad, punitivismo, respuestas penales*
Keywords: *Trafficking in Human Beings, Criminal Justice System, Obstacles, Prosecution.*

InDret

3.2022

Índice

-

1. Introducción: ¿Hay exceso en todas las cosas?
2. Delincuencia, penas y exceso
3. Apetito de seguridad y castigo
3.1. ¿Seguridad como un tipo de identidad?
3.2. ¿Comprando seguridad?
3.3. ¿Gobierno inquieto?
4. El fin del exceso: 'cintas de correr de inseguridad' y cómo salirse de ellas
5. Bibliografía

-

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

1. Introducción: ¿Hay exceso en todas las cosas?*

En una visita reciente a Pizza Hut, mis dos hijas mayores y yo nos encontramos en la mesa con un radiante panfleto el cual promocionaba algo llamado «La Fábrica de Helado». El panfleto dirigía nuestra atención a una máquina hacia la cual, por £1.49 («para niños/as») o £2.49 («para adultos»), era posible realizar «Viajes Ilimitados». Las delicias que esperaban al visitante de la máquina estaban descritas de la siguiente manera:

> *Ven a la Fábrica de Helado y prepara tu pudín perfecto. Apila tu helado tan alto como quieras, báñalo en tu sirope favorito y decóralo con todo tipo de sabrosos complementos. ¿Qué mejor manera de crear el postre de tus sueños?*

En el presente artículo, quiero considerar cómo este fenómeno – el aparente y tentador prospecto de helado y dulces infinitos – pueda estar relacionado con las crecientes y alarmantes tasas de encarcelamiento con las se enfrentan el Reino Unido y Estados Unidos. ¿Podemos establecer una relación entre la disponibilidad y el disfrute de tales placeres mundanos evocados por el consumismo y otro tipo de fenómenos actuales como las condenas indeterminadas, la tolerancia cero, el declive de la rehabilitación, la hiperactividad legislativa que rodea a la delincuencia, las ordenanzas de comportamiento incívico, la represión sobre delincuentes sexuales y las respuestas no-liberales de estados liberales sobre violencia y amenazas terroristas desde el 11/9? Quiero sugerir que sí que podemos.

Mi objetivo es proponer una nueva línea de estudio – de teorización social y de investigación empírica – mediante el desarrollo de una idea que ha sido señalada, pero que permanece subdesarrollada en los recientes diagnósticos ofrecidos por aquellos/as académicos/as que han teorizado el «giro punitivo»[1]. También, explico que una de las características esenciales de dichos desarrollos penales que continúan incrementando, a la vez que dominando la agenda política y social – cómo las demandas sociales y promesas institucionales de un sistema de «seguridad» centrado en la policía y en el castigo – pueden encontrarse en relación con otro tipo de prácticas rutinarias en aumento: estados mentales y sensibilidades del presente a las que yo denomino y examino utilizando el concepto de *exceso*.

Consideremos por un momento las siguientes características que constituyen la vida social contemporánea: desplazamiento aéreo barato; todoterrenos (junto con un incremento en la talla

---

*Traducción por Eric Cano Cobano de LOADER, I., «Ice cream and incarceration. On appetites for security and punishment» en *Punishment & Society*, Vol. 11, Número 2, 2009, pp. 241-257. El contacto con el autor original del artículo se puede realizar a través de la siguiente dirección de email: ian.loader@crim.ox.ac.uk.

Agradecimientos: Las versiones anteriores de este documento se presentaron en el Departamento de Criminología de la Universidad de Melbourne; la Facultad de Derecho de la Universidad de Glasgow; la Facultad de Derecho de la Universidad de Edimburgo y el Departamento de Criminología y Sociología de la Universidad de Hull. Una versión ampliada del artículo también sirvió de base para mi conferencia inaugural en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford, que pronuncié en abril de 2007 bajo el título 'Inseguridad, política y exceso'. El artículo final se ha beneficiado de las discusiones que se produjeron en cada una de estas ocasiones, así como de los comentarios y sugerencias de Andrew Ashworth, Melissa Dearey, Benjamin Goold, Susanne Karstedt, Richard Sparks, Angélica Thumala, Neil Walker y Lucia Zedner. Agradezco a todos los interesados su apoyo y ayuda; en el presente artículo, se aplica el descargo de responsabilidad habitual.

[1] Véase HALLSWORTH, «Rethinking the punitive turn: Economies of excess and the criminology of the other», *Punishment & Society* 2, 2, 2009, pp. 145–60 y VAUGHAN «The punitive consequences of consumer culture», *Punishment & Society* 4, 2, 2002, pp. 195–211.

de todos los diferentes tipos de vehículos); chocolate en los cereales para desayunar; barritas *Mars* el doble de grandes; crecientes tasas de obesidad infantil; la desaparición de medidas pequeñas de café (o de cualquier tipo de bebida para llevar); alcohol barato; la fácil y rápida disponibilidad de crédito; el acceso instantáneo a la información, las imágenes, los bienes y las personas debido al uso de teléfonos móviles e Internet; cirugía plástica; la adoración social de jugadores de fútbol, celebridades y emprendedores/as; la explosión en salarios corporativos y la posibilidad de acceder a una cantidad innumerable de canales en nuestras televisiones entre muchas, muchas otras. Lo que todos estos fenómenos, aparentemente dispares, parecen tener en común, es el hecho de que ofrecen la idea de que el mundo está – o al menos debería estarlo – en nuestro portal y bajo nuestro mando; la idea de que nuestro mundo está – o debería estar – organizado para que nuestros inmediatos deseos puedan ser satisfechos instantáneamente. Esto, discutiblemente, deriva en nuestro desinterés - a veces incluso en el pisoteo - por los intereses, sentimientos y bienestar de los demás. Se trata de un mundo que homenajea el egocentrismo y la autorrealización; en dónde el acceso inmediato a aquello que uno desea es crucial; en donde los grandes enemigos son los obstáculos y los retrasos.

Estos fenómenos relacionados con el exceso pueden estar conectados con aquellos elementos que constituyen el crimen y su control: en primer lugar, pueden ampliar el daño que se experimenta por el delito, o cualquier otro tipo de amenaza a nuestra seguridad. Además del coste material y emocional, la delincuencia, el desorden y el terrorismo – incluido tanto la experiencia directa como indirecta de éste, o incluso la idea de que pueda suceder en algún otro lugar – representan un ataque y/o una ruptura de la promesa de que el mundo puede y debería ofrecer la gratificación inmediata de los deseos individuales. En segundo lugar, estas prácticas de exceso son causadas por el mismo tipo de creencias y sentimientos que delimitan muchas de las respuestas contemporáneas sobre la delincuencia, el comportamiento incívico y el terrorismo. Todos estos elementos respetan y recompensan las mismas «virtudes»: velocidad, urgencia, certeza, determinación, gratificación instantánea; y no toleran y luchan contra los mismos «vicios» – la paciencia, las restricciones, la prudencia, el autocontrol y la moderación.

Por lo tanto, la idea que pretendo explorar, es que aquellas respuestas públicas a la delincuencia, el desorden y el terrorismo centradas en el castigo (habitualmente referido como exceso penal), están interconectadas y relacionadas con otro tipo de prácticas sociales comunes. Al desarrollar esta premisa, mi propósito es el de crear un marco teórico que pueda guiar futuras investigaciones empíricas hacia esta confluencia entre prácticas penales y sociales. Este marco teórico, idealmente, ayudará a comprender de forma más amplia, aquello a lo que BAUMAN[2] llama «la obsesión por la seguridad» – una obsesión que condiciona las relaciones sociales y la vida política de muchas de las culturas occidentales actuales[3]. Además, también pueda ayudarnos a

---

[2] BAUMAN, *Liquid fear*, 2006.

[3] Como dice BAUMAN, *Liquid fear*, 2006, pp. 130:

> *Son las personas que viven con mayor comodidad, más consentidas y más mimadas que cualquier otro pueblo en la historia, quienes se sienten más amenazadas, inseguras y asustadas, más propensas al pánico, más apasionadas por todo lo relacionado con la seguridad que las personas en la mayoría de las otras sociedades pasadas y presentes.*

Creo que BAUMAN ha conseguido encontrar algo interesante en este fragmento. Los argumentos que siguen son un intento de profundizar la comprensión de por qué las respuestas sociales al crimen encarnan tan a menudo esta paradoja. Pero las advertencias sobre precaución y atención están en orden. Necesitamos tener en cuenta en cualquier investigación sobre seguridad 'excesiva' y prácticas penales el hecho de que tales advertencias luchan por el dominio de aquellos informados por otros valores, y que el poder y la prevalencia de los excesos penales

entender por qué numerosos ciudadanos, políticos y diversos profesionales, se sienten atraídos hacia una concepción de la seguridad centrada en el castigo, la cual se caracteriza por demasiadas exigencias y promesas – una concepción que se presenta, de forma excesiva, impaciente e inquieta; malhumorada, sobrecalentada y fundada en una retórica basada en la «otredad» de aquellos elementos poco afines; una relación contraproducente con la policía y una promesa de soluciones penales a la delincuencia, además de su fantasía de eliminar todos los riesgos que provienen del delito.

El presente artículo se desarrolla de la siguiente manera: comenzaré con una discusión sobre cómo se ha aplicado el concepto de exceso, (y similares) – y, discutiblemente, se sigue aplicando – en el estudio sobre la delincuencia y su control. Seguidamente, expongo varios argumentos con los que entender las demandas sociales que abogan por una mayor seguridad y castigo como si se tratasen de una especie de «apetito» social, y analizo cómo este apetito se relaciona con la identidad, el mercado y el Estado, de tal forma que pueda explicarse el porqué del surgimiento de prácticas penales excesivas y relacionadas con la inseguridad ciudadana. Concluyo con algunas reflexiones breves sobre los efectos corrosivos y contraproducentes de tales prácticas y sobre de qué forma podríamos llegar a moderarlas o, incluso, contrarrestarlas.

2. Delincuencia, penas y exceso

Si consultáramos el *Oxford English Dictionary*, encontraríamos la siguiente definición de exceso:

> *Exceso:*
> *Violación de la ley, de la decencia o de la moralidad de manera desmedida, comportamientos indignantes;*
> *la acción o acto de exceder los límites de la moderación;*
> *la acción o acto de exceder la autoridad, derechos, etc. de algún individuo.*

Estas definiciones explican cómo el concepto de exceso puede caracterizar actividades delictivas (tanto en la forma de «violaciones desmedidas de ley» como actos que «excedan la autoridad de algún individuo») y la forma en la que los individuos y las autoridades gubernamentales responden al fenómeno de la delincuencia (cómo tales respuestas pueden violar la ley, o exceder la autoridad de algún individuo, o cómo trascienden «los límites de la moderación»). Tal propensión hacia la violación desmedida de la ley y el comportamiento poco moderado puede, además, ser entendido como una característica constituyente de ciertos individuos o sub-grupos de la población. No obstante, también puede ser vista como una condición que, dadas las condiciones adecuadas, puede expandirse por toda la sociedad.

Algunas ramas de la criminología moderna – y algunos discursos populares sobre la delincuencia – tienden a pensar sobre el concepto de exceso referido a las actividades delictivas. El foco entonces recae sobre las conductas criminales, incívicas o violentas («violaciones desmedidas de la ley») las cuales son típicamente atribuidas a subgrupos de la población que, aparentemente,

varían – en formas que son de todo menos trivial - a través de jurisdicciones nacionales. Véase LACEY, *The prisoners' dilemma: The political economy of punishment in comparative perspective,* 2008; TONRY, *Crime, punishment and politics in comparative perspective*, 2007; y WHITMAN, *Harsh justice: Criminal punishment and the widening divide between America and Europe*, 2003. En este sentido, este artículo marca los inicios de un proyecto que busca movilizar, no solo la idea de 'exceso', sino también su antónimo de 'moderación', como medio de comprensión e intervención en la cultura y política penal contemporáneas.

no pueden controlar sus impulsos y deseos instantáneos. Un ejemplo de este tipo puede verse en la teoría del control, una perspectiva teórica cuya mayor contribución teórica – Teoría General de la Delincuencia (TGD), de GOTTFREDSON y HIRSCHI[4] – nos sirve como punto de partida.

La noción principal de la TGD es la del autocontrol – o, más concretamente, la ausencia de autocontrol. GOTTFREDSON y HIRSCHI [5] reducen todos los eventos criminales, a los cuales ellos se refieren como «actos de fuerza y fraude realizados con la intención de conseguir algo en favor de nuestro propio interés», a una cuestión de bajo autocontrol. Tales actos, en la opinión de los autores, requieren habitualmente de poco conocimiento o esfuerzo, y traen consigo una recompensa inmediata, y por lo tanto gozan de considerable atractivo para aquellas personas que son «impulsivas, insensibles, físicas (en contraposición a mentales), arriesgadas, motivadas a corto plazo y no verbales»[6]. La delincuencia, además, tiende a coexistir con comportamientos que exhiben estructuras y atracciones similares - lo que GOTTFREDSON y HIRSCHI [7] llaman «eventos equivalentes a la delincuencia» -, tales como el fumar, el beber, el consumo de drogas, el apostar, concebir hijos fuera del matrimonio y/o practicar sexo de forma ilegal. Este tipo de actos son – como la delincuencia – habitualmente perpetrados por aquellos individuos que viven el presente de forma radical, y que además son incapaces de regular sus deseos por la obtención de placer inmediato, muestran desinterés por el futuro y no se preocupan por el efecto de sus acciones en los demás. Tal ausencia de autocontrol, defienden GOTTFREDSON y HIRSCHI, es producto de un proceso de socialización débil durante los primeros años de la infancia, el cual, si ha estado ausente en esta etapa, está destinado a permanecer de la misma forma en el futuro.

Discutiblemente, esta implementación del concepto de exceso al comportamiento criminal es interesante pero incompleta. GOTTFREDSON y HIRSCHI [8] proponen una perspectiva, a mi parecer, genéricamente apropiada, cuando conceptualizan la delincuencia como un acto que produce placer, instigado por un nivel mínimo de preocupación por los demás y por las consecuencias a largo plazo que puedan devenir de las acciones de dicho acto, además de habitualmente perpetrado por individuos incapaces de relegar la gratificación instantánea. No obstante, en este punto, surgen dos problemas que señalan las limitaciones de este tipo de perspectivas que no toman en consideración la distribución social y los efectos del bajo control social – o del exceso.

Primero, GOTTFREDSON y HIRSCHI operan con un enfoque limitado en lo referente al crimen, además de con una versión empobrecida de la categoría potencialmente interesante de «eventos teóricamente equivalentes a la delincuencia». Esto excluye indebidamente la consideración de si la «ausencia de autocontrol» también podría instigar *respuestas* individuales y colectivas al delito. Con respecto a esto último, uno se pregunta por qué esta categoría abarca fumar, beber y las relaciones sexuales ilícitas, pero no, por ejemplo, comer en exceso, conducir vehículos deportivos o tomar descansos de fin de semana viajando en vuelos baratos[9]. Segundo, los autores

---

[4] GOTTFREDSON/ HIRSCHI, *A general theory of crime*, 1990.

[5] GOTTFREDSON/ HIRSCHI, *A general theory of crime*, 1990, p. 15.

[6] GOTTFREDSON/ HIRSCHI, *A general theory of crime*, 1990, p. 90.

[7] GOTTFREDSON/ HIRSCHI, *A general theory of crime,* 1990.

[8] GOTTFREDSON/ HIRSCHI, *A general theory of crime,* 1990.

[9] ¿Cómo podrían responder GOTTFREDSON y HIRSCHI a esta consulta? La cuestión aquí no puede ser la pretensión de que tales actos no sean ilegales, ya que la categoría está diseñada para abarcar 'placeres inmediatos que no son criminales'. Cada vez es más evidente que el uso rutinario de vuelos baratos, por citar sólo un ejemplo, tiene costes e implicaciones a largo plazo para los intereses de los demás, mucho más allá de los producidos por el sexo ilícito o la bebida. Todo esto le lleva a uno a la conclusión de que GOTTFREDSON y HIRSCHI trazan la línea donde lo hacen,

presumen demasiado rápidamente sobre como la ausencia de autocontrol, además de una propensión a comportarse de manera excesiva, se limita a un pequeño subgrupo cuya socialización errática los ha privado de una «construcción de su personalidad estable», proceso que sí ha disfrutado la mayoría de la población. Sin embargo, esta presunción está poco fundamentada, al contrario de lo que sugiere la evidencia sobre como los déficits de autocontrol son una condición histórica y cultural, capaz de dar lugar a una variedad de actos ilegales (incluyendo las ilegalidades de los que son respetuosos de la ley - KARSTEDT y FARRALL[10]), así como a una amplia variedad de otros comportamientos 'excesivos' - y legales - impulsados por la misma dinámica que GOTTFREDSON y HIRSCHI creen que causa la delincuencia – la impulsividad, el desprecio por los demás, el cortoplacismo y el desinterés por el futuro.

Si esta perspectiva más amplia sobre el autocontrol es correcta, se pondría en duda la opinión de GOTTFREDSON y HIRSCHI de que su ausencia es el resultado de una socialización deficiente en los primeros años de la infancia - a menos que se considere que la educación deficiente de los hijos está generalizada, la cual no es su opinión. Tal fenómeno sugiere, en cambio, que las raíces sociales del exceso se pueden encontrar en un problema más genérico de autogestión en las sociedades contemporáneas. El exceso, en otras palabras, puede resultar de las decisiones mundanas a las que se enfrentan los individuos - el problema de cómo comer, cómo trabajar, cómo comportarse en una relación, cómo ser un buen amigo, un buen padre, un buen consumidor o ciudadano... en resumen, cómo vivir - en sociedades en las que las creencias heredadas sobre el 'trabajo, la familia y la comunidad'[11] han perdido gran parte de su fuerza, y en donde los individuos ya no reciben pautas convincentes ni oficiales o provenientes de una autoridad superior sobre cómo «proceder» en la vida económica y social[12]. Desde este punto de vista, la delincuencia y nuestras respuestas a esta pueden entenderse de manera bastante plausible como aspectos del mismo problema[13]. Al delimitar su investigación de maneras que excluyen prematuramente esta posibilidad, la TGD termina, a pesar de su posible potencial, en un callejón ideológico sin salida. Simplemente no es lo suficientemente general.

Quiero abordar la interacción entre el crimen, el sistema penal y el exceso desde diferentes puntos de partida. El primero traslada el objeto de investigación desde la delincuencia hasta las respuestas públicas a esta, en un intento por examinar cómo, mediante el uso del concepto de exceso, se pueden entender las demandas sociales por más orden, por más castigo (severo) para los «otros»/extraños y por un aumento constante de «seguridad». Con esto quiero decir que tales demandas rechazan la aceptación de las limitaciones que surgen de vivir al lado de «otros»/extraños en contextos de recursos finitos, y están típicamente animadas por un deseo de gratificación instantánea y por el desprecio por los demás (las mismas formas de pensar y de sentir que GOTTFREDSON y HIRSCHI afirman que sustentan la delincuencia). El segundo trata este tipo de mentalidades y sensibilidades del exceso, no como una especie de monopolio ostentado por subgrupos delictivos, sino como una dimensión inmanente y potencialmente omnipresente

o con la intención de crear un bloque teórico inestable - y en última instancia poco convincente -, o con el objetivo de aportar una perspectiva política que resalte los excesos de algunos individuos mientras pasa por alto los de otros.

[10] KARSTEDT/FARRALL, «The moral economy of everyday crime: Markets, consumers and citizens», *British Journal of Criminology*, 46, 6, 2006, pp. 1011–1036.

[11] YOUNG, *The vertigo of late modernity*, 2007.

[12] Véase ELLIOT/LEMERT, *The new individualism: The emotional costs of globalization*, 2006; GIDDENS, *Modernity and self-identity*, 1991 y SENNETT, *The corrosion of character*, 1998.

[13] Véase YOUNG, *The vertigo of late modernity*, 2007.

de las relaciones sociales y de la vida política contemporáneas, algo que podría ayudar a explicar por qué los actores políticos se ven sometidos a las presiones que sufren en materia de delincuencia y castigo, y también por qué estos sucumben a ellas con tanta frecuencia.

Parto del reciente estudio de Avner OFFER[14] titulado *El desafío de la riqueza*. OFFER[15], al igual que GOTTFREDSON y HIRSCHI, está interesado en la noción de autocontrol, la cual define como «el sacrificio de alguna recompensa inmediata por la perspectiva de una superior». Su tesis general - el libro se ocupa ampliamente de la relación entre el autocontrol y el bienestar en los EEUU y el Reino Unido desde 1950 - es que el autocontrol, o lo que él llama prudencia, es vital para el desarrollo de la riqueza, pero, a su vez, se ve también perjudicado por ella. Las sociedades prósperas producen un flujo aparentemente interminable de novedades (bienes, servicios, oportunidades...y podemos añadir, políticas contra la delincuencia) que con el tiempo minan la paciencia, una cualidad que OFFER concibe como fundamental para el desarrollo del bienestar. La abundante oferta de nuevas oportunidades, argumenta OFFER, destruye los 'dispositivos/estrategias para el compromiso'[16] - las normas, concepciones, hábitos, expectativas e instituciones - que se han ido formado durante largos períodos de tiempo para ayudar a las personas a controlar sus antojos inmediatos a cambio de obtener beneficios futuros. El resultado – el cual está extensamente documentado en estudios de publicidad, mercados de automóviles, obesidad, uso de aparatos tecnológicos y en relaciones íntimas - es que se ha producido un cambio de dirección en las últimas tres décadas del siglo pasado hacia una especie de «individualismo egoísta» y una «búsqueda de la autorrealización». Al mismo tiempo, también se ha producido la llegada y triunfo - *en todo el espectro social* - de la 'elección miope', en la que la excitación inmediata suele tener prioridad sobre las recompensas objetivamente más valiosas, pero más a largo plazo[17].

La idea que quiero explorar - y para ello debo volver al texto de OFFER - es que las formas contemporáneas de exceso penal pueden estar relacionadas e interconectadas con el aumento considerable de la «elección miope» y la consecuente disminución de los dispositivos/estrategias de compromiso, lo cual OFFER diagnóstica como la patología de nuestro tiempo. Este exceso es producto de que los individuos han perdido su prudencia en torno al concepto de seguridad, exigiendo, buscando y en ocasiones comprando soluciones novedosas, inmediatamente gratificantes y placenteras, pero en última instancia contraproducentes; junto con el declive y el fracaso de varios dispositivos/estrategias de compromiso - en particular el gobierno, que en la actualidad funciona menos como un agente en favor del autocontrol y actúa más como un agente de la excitación al exceso. El resultado – el cual hemos presenciado en la trayectoria del control de la delincuencia en los EEUU y el Reino Unido durante las últimas tres décadas, y que está llegando a marcar cada vez más la política criminal en toda Europa además de las estrategias en materia de seguridad de la Unión Europea[18] - son respuestas a la delincuencia, al desorden y

[14] OFFER, *The challenge of affluence: Self-control and well-being in the United States and Britain since 1950*, 2006.

[15] OFFER, *The challenge of affluence,* 2006.

[16] Véase AINSLIE, *Picoeconomics: The interaction of successive motivational states within the person*, 1992; ELSTER, *Ulysses unbound: Studies in rationality, precommitment, and constraints*, 2000 y OFFER, *The challenge of affluence,* 2006.

[17] OFFER, *The challenge of affluence,* 2006.

[18] DOWNES/ VAN SWAANINGEN, «The road to dystopia? Changes in the penal climate of The Netherlands» en TONRY (ed.) *Crime and Justice in the Netherlands*, vol. 35, University of Chicago Press, Chicago, 2008, pp. 31–71; GARLAND, *The culture of control: Crime and social order in contemporary society*, 2001; SIMON, *Governing through crime: How*

ahora al terrorismo, que dan la apariencia de una sensación de seguridad inmediata, superficial, hiperactiva, en lugar de respuestas que puedan construir y sostener a largo plazo comunidades políticas seguras y democráticas. Es posible que, como agentes de seguridad, hayamos llegado a asemejarnos a los delincuentes de los que hablan GOTTFREDSON y HIRSCHI: impulsivos, miopes, cortoplacistas y cada vez con un mayor desinterés sobre las preocupaciones de aquellos que 'nosotros' situamos más allá del ámbito de nuestra seguridad, o que incluso concebimos como amenazas a esta.

3. Apetito de seguridad y castigo

Para comprender esta trayectoria referente a la evolución del sistema penal, quiero comenzar - no con proyectos y programas gubernamentales[19] - sino con los significados comunes con los que estas estrategias hacia el logro del orden deben, al menos en parte, resonar, y movilizar. Mi preocupación inicial es la de examinar las sensibilidades e ideologías y perspectivas pre-políticas de los individuos; los fundamentos culturales y psíquicos de los distintos procesos y estrategias penales; las formas en que las prácticas punitivas y antiliberales son capaces de asegurar, si no el consentimiento activo, al menos la aprobación o indiferencia de los ciudadanos[20]. En otras palabras, debemos prestar más atención en las investigaciones recientes sobre el 'giro punitivo' o las 'prácticas antiliberales de los regímenes liberales'[21] con respecto a las preocupaciones en materia de seguridad ciudadana; a las pasiones por el autoritarismo[22], las cuales constituyen una corriente importante, a menudo activa y ruidosa, dentro de las democracias liberales occidentales contemporáneas. También, debemos tratar tales disposiciones como algo que produce a la vez que es producido por estos procesos. Porque, como nos recuerda Jonathan SIMON[23], las prácticas contemporáneas dirigidas a la obtención de una mayor seguridad ciudadana regulan «la actividad de las personas que no son blanco de la represión de la justicia penal, sino consumidores ansiosos de las políticas públicas y privadas contra la delincuencia».

Al analizar este tipo de «consumo ansioso», y al tratar de descubrir además si es de hecho tan ansioso, creo que tiene un valor heurístico entender la búsqueda de seguridad y las demandas de castigo como una especie de apetito. Al hacerlo, no estoy afirmando que, en ningún sentido literal, tratemos el apetito por la seguridad como algo similar al gusto por, digamos, el helado, o que tratemos a las personas como personas que experimentan ansia por una mayor seguridad, o incluso una adicción al respecto - aunque puede haber personas que de hecho se «enganchen» al poder de castigar, o a la fantasía de una seguridad ciudadana total[24]. No obstante, sí creo que podemos aportar conocimiento sobre las demandas contemporáneas con respecto al orden si estudiamos la noción de apetito como metáfora; si concebimos los sentimientos sociales e institucionales hacia la seguridad ciudadana, además de las demandas punitivas, como si fueran (otros tipos de) placeres y antojos del consumidor mundano.

---

the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear, 2007 y WACQUANT, *Punishing the poor: The new government of social insecurity*, 2009.

[19] BECKETT, *Making crime pay: Law and order in contemporary American politics*, 1997.

[20] GARLAND, *Punishment and modern society: A study in social theory*, 1990.

[21] BIGO, *Illiberal practices in liberal regimes*, 2006.

[22] GILROY, *After empire: Melancholia or convivial culture?*, 2004.

[23] SIMON, *Governing through crime: How the war on crime transformed American, democracy and created a culture of fear*, 2007.

[24] ELSTER/SKOG «*Introduction*», en J. ELSTER y O.J. SKOG (eds.), *Getting hooked: Rationality and addiction*, 1999, pp.1–29.

La perspectiva teórica 1 surge de este punto de partida es la siguiente: los individuos viven hoy en un mundo de múltiples riesgos; habitan entornos que presentan riesgos relacionados con la delincuencia (que puede ser más o menos grave), con el desorden (más o menos generalizado) y con la violencia provocada por actos terroristas (más o menos catastróficos), todos los cuales aparecen simultáneamente como amenazantes e impredecibles. El riesgo ambiental se combina, en otras palabras, con la incertidumbre sobre cuándo, cómo y si ese riesgo se manifestará[25]. En este entorno, también existe una oferta abundante con respecto a nuevas promesas relacionadas con una mayor seguridad: provenientes del gobierno, de los políticos que desean estar en el gobierno, de la policía y los actores de la justicia penal, de los grupos de víctimas, de la industria de la seguridad privada, de experiencias que surgen de las estrategias que ya han sido implementadas (generalmente con gran éxito) en otros lugares. Toda esta información se difunde rutinariamente por y a través de los medios de comunicación 24 horas al día. Y esto, por supuesto, tiene lugar en un contexto en el que - como señala BAUMAN[26] - siempre se puede ir más allá, donde siempre hay alguna 'medida de seguridad' que podría ser implementada, pero que todavía no ha sido probada.

En este contexto, este apetito por la seguridad que una vez podría haber sido reprimido o frenado con mayor facilidad – debido a niveles más bajos de riesgo, a un clima de ansiedad menos crónico, a una capacidad para pensar en otras cosas, al desánimo de las élites, a la falta de atención de los medios o el consuelo de los demás – actualmente se legitima y se le da mucha más libertad. La prudencia que poseen las personas en materia de seguridad – para así adaptar la terminología de OFFER - se vuelve cada vez más obsoleta, pierde apoyo social y se convierte en algo por lo que solo luchan en recuperar o conseguir los tontos e ingenuos. El resultado es una desregulación general del deseo de seguridad y la llegada de estrategias en materia de seguridad caracterizadas por preferencias cada vez más miopes y egoístas. En tales circunstancias, algunas personas pueden - como ocurre con la comida - «dejarse llevar». Uno también puede haberse dejado llevar por este fenómeno, influenciado por el último crimen 'impactante' o acto terrorista, o por un fallo «escandaloso» por parte del gobierno en un intento de prevenir dicho suceso; o por no haber respondido adecuadamente – derivando en un «frenesí», algo que OFFER[27] define como 'una búsqueda o un deseo que se ha descontrolado '. ¿Cómo podríamos empezar a investigar estos procesos? ¿Qué prácticas debemos analizar y qué preguntas debemos hacer? En el resto de esta sección consideraré tales asuntos.

3.1. ¿Seguridad como un tipo de identidad?

Una primera línea de investigación se centra en la relación entre seguridad e identidad. Nuestra preocupación aquí es lo que sucede cuando el crimen, o «nuestra» seguridad, se interpela en el discurso público y en la acción gubernamental como si se tratara de una cuestión de identidad, o, más específicamente, como un choque entre identidades que se entienden y representan de manera fija en términos innegociables y esenciales. Aquí se pueden destacar dos cuestiones: la primera se refiere a la representación de la amenaza: la forma en la que se presenta a los autores del crimen, el desorden o el terrorismo, y la manera y el grado en que tales representaciones

[25] ERICSON, *Crime in an insecure world*, 2007.

[26] BAUMAN, *Liquid fear,* 2006.

[27] OFFER, *The challenge of affluence*, 2006.

impregnan la vida pública y las relaciones sociales cotidianas. Muchos trabajos criminológicos, si nos remontamos a unas cuantas décadas atrás, han señalado la forma en la que personas o lugares particulares cobran importancia en la «conciencia de la delincuencia» de los ciudadanos[28], ya sea en términos de lugares comunes asociados al delito resultando en «lugares peligrosos» [29]; o con los jóvenes rebeldes[30]; o en términos del vínculo cultural y político sobre la cuestión del crimen con la inmigración y la «raza». Este último emparejamiento ha dominado las descripciones populares del crimen en el Reino Unido desde principios de la década de 1970[31], y más recientemente llegó a organizar las respuestas sociales e institucionales a la violencia urbana en Francia y los Países Bajos[32], así como los temores sociales actuales y la regulación penal de la migración dentro y fuera de la Unión Europea[33]. Estas diversas manifestaciones de lo que GARLAND[34] ha llamado «la criminología del otro» nos apuntan - en un contexto posterior al 11 de septiembre - tanto a la tendencia persistente de los individuos como de los grupos a invocar a los «demonios populares» cuando nos enfrentamos a una inquietante incertidumbre, como a los efectos divisorios de la sociedad a raíz de tales fenómenos: por ejemplo, la inquietante representación de los musulmanes (ya sea en el propio país o en el extranjero) como una amenaza ajena y desconocida para los valores y sociedades «occidentales» - británicos, holandeses, estadounidenses o «europeos».

La segunda forma en que la seguridad y la identidad pueden entrelazarse de maneras que perjudican la noción referente a la prudencia en materia de seguridad radica en la comprensión y representación social de aquello que está *amenazado*. Aquí uno puede examinar la propensión a la «tertulia criminal»[35], y sus ansiedades varias, para movilizar metáforas de pertenencia y lugar (de «hogar») - cuyo poder emotivo a menudo parece ser más poderoso precisamente porque el lugar que uno ocupa en el mundo se percibe como precario y amenazado. A menudo, estas conexiones y asociaciones están sujetas en gran medida a lo local: se trata de defender la propiedad, la calle, el barrio o la ciudad de las amenazas «criminales» que se le plantean desde el exterior, o de los procesos y tendencias sociales en el mundo en general (globalización, migración, declive moral, descortesía, etc.) que amenazan con penetrar y destruir el interior y que no pueden ser fácilmente 'captadas' ni mantenidas a raya[36]. Hoy, sin embargo, esta tendencia a responder a la delincuencia usando oposiciones binarias entre nosotros/ellos, adentro/afuera, aquí/allá puede extenderse más allá de lo local, y saltar hacia la defensa de 'nuestra' nación y sus fronteras en un proceso en el cual podemos encontrar una noción cosificada sobre los valores y las distintas formas de vida - ya sea, nuevamente, por amenazas más allá de nuestras fronteras, o por extraños y enemigos que viven entre nosotros[37].

---

[28] GARLAND, *The culture of control: Crime and social order in contemporary society*, 2001.

[29] DAMER, *From Moorepark to 'Wine Alley': Rise and fall of a Glasgow housing scheme*, 1989.

[30] MUNCIE, *Youth and crime*, 2nd ed., 2004.

[31] HALL/CLARKE/ CRITCHER/ JEFFERSON/ROBERTS, *Policing the crisis*, 1978.

[32] HALL/CLARKE/ CRITCHER/ JEFFERSON/ROBERTS, *Policing the crisis*, 1978.

[33] MELOSSI, «Security, social control, democracy and migration within the "constitution" of the EU», *European Law Journal,* 11, 1, 2005, pp. 5–21. y WACQUANT, «Penalization, depoliticization, racialization: On the over-incarceration of immigrants in the European Union», en ARMSTRONG/MCARA (eds.), *Perspectives on punishment: The contours of control*, 2006, pp. 83–100.

[34] GARLAND, *The culture of control: Crime and social order in contemporary society*, 2001.

[35] SASSON, *Crime talk: How citizens construct a social problem*, 1995.

[36] GIRLING/LOADER/SPARKS, *Crime and social change in middle England. Questions of order in an English town*, 2000.

[37] JOHNSON, «Defending ways of life», *Theory, Culture and Society* 19, 4, 2004, pp. 211–31.

En ambos casos, la pregunta que surge es cómo y de qué manera las distintas muestras de inseguridad e identificación individual y colectiva terminan combatiendo la delincuencia y el terrorismo de forma que se entiende, no simplemente como un «choque de civilizaciones», en palabras de Samuel HUNTINGTON[38], sino como una batalla entre fundamentalismos mutuamente hostiles. En la medida en que esto sea así, uno esperaría encontrar personas construyendo y escondiéndose detrás de trincheras literales y simbólicas entre un interior familiar y un exterior hostil; o juntando, a la defensiva pero de manera desafiante, «su» exceso aparentemente anti-político y violento con – en muchos casos excesiva - su violencia propia; o participando proactivamente en un esfuerzo misionero con el que llevar nuestros valores y nuestras certezas al resto del mundo, ya sea en casa o en el extranjero. El resultado, en todos estos casos, es la reproducción de una relación carente de diálogo con aquellos que se considera que carecen de los valores propios y/o amenazan a la propia existencia, además de una tendencia a privilegiar las intervenciones penales que son impacientes, miopes y dirigidas exclusivamente hacia «los otros».

3.2. ¿Comprando seguridad?

El segundo lugar en el que uno puede investigar el surgimiento del apetito por la seguridad es el mercado. En la actualidad se combinan varios elementos para hacer que la idea de «comprar» seguridad parezca una opción atractiva, o al menos inevitable[39]. Los individuos - también las comunidades, corporaciones y otras organizaciones - parecen estar enfrentándose contra un entorno, pero también contra una amenaza incierta, y el gobierno parece carecer de la capacidad o la voluntad de ofrecer el tipo de protección certera que uno podría desear. Además, el gobierno también anima o exige que las personas tomen sus propias medidas para protegerse a sí mismas, a su propiedad, a su familia o a sus intereses corporativos - un proceso de 'responsabilización'[40] que ha sido evidente en relación con la delincuencia durante algún tiempo, pero que hoy se ha extendido al campo de la prevención del terrorismo[41]. En este contexto, uno también se encuentra con una floreciente industria de la seguridad - industria que está compuesta tanto por pequeños proveedores locales como por grandes multinacionales, desde proveedores de cerraduras, puertas y CCTV hasta empresas militares privadas[42] - la cual, mediante la implementación de distintas estrategias, tecnologías y personal, prometen calmar las ansiedades de los ciudadanos, proteger los intereses de las empresas o incluso hasta ampliar el alcance en materia de seguridad de los gobiernos.

En este fenómeno, la tendencia al exceso puede residir en el reclamo explícito de la industria de la seguridad de cumplir y ser responsable de las aspiraciones autodefinidas de seguridad de sus clientes; de adaptar el servicio y el producto a sus fines, y solo a sus fines. La promesa implícita que acompaña a esta oferta es la de escapar de la política; una salida del requisito democrático de reclamar una parte de los recursos limitados de seguridad pública y de tener que justificar las

[38] HUNTINGTON, *The clash of civilizations and the remaking of world order*, 1998.

[39] LOADER, «Consumer culture and the commodification of policing and security», *Sociology*, 33, 2, 2000, pp. 373–92.

[40] O'MALLEY, «Risk, power and crime prevention», *Economy and Society* 21, 3, 1992, pp. 251–68.

[41] ERICSON, *Crime in an insecure world*, 2007 y MYTHEN/WALKLATE, «Communicating the terrorist risk: Harnessing a culture of fear?», *Crime Media Culture* 2, 2, 2007, pp. 123–42.

[42] AVANT, *The market for force: The consequences of privatising security*, 2005 y BUTTON, *Private policing*, 2003.

demandas ante los ciudadanos que tienen otras reclamaciones. La seguridad puede perseguirse, en otras palabras, de forma que le permitan a uno hacer caso omiso de las preocupaciones de seguridad de los demás y poner entre paréntesis las consecuencias provocadas por la propia actividad de búsqueda de seguridad. El mercado de la seguridad permite a sus consumidores definir y buscar formas con las que satisfacer sus propios intereses en materia de seguridad (ya sea solos o junto con otros de ideas afines[43]), independientemente de la relación entre sus decisiones y el riesgo de éstas, o del impacto social de su comportamiento. Si los consumidores manifiestan una preferencia por el «almacenamiento» de las medidas y recursos para la protección, por la creación de enclaves fortificados o por el uso de medidas de seguridad para señalar su estatus social, que así sea. Nuestra preferencia, dice la industria de la seguridad, no es la de razonar el porqué.

Realizar esta afirmación no es negar la presencia de mecanismos relacionados con el «compromiso» de cada individuo que puedan actuar como fuentes de precaución, moderación o contención. Los consumidores tienen limitaciones económicas, pueden considerar los gastos en seguridad como una especie de «resentimiento» y pueden valorar una variedad de umbrales de compra que prefieren no cruzar (por razones económicas, referentes al tiempo requerido para realizar la compra, a la aceptación social de según que prácticas o a sus 'meta-preferencias' sobre el estado y la sociedad[44]). Además, cada uno de ellos/as puede actuar para controlar el impulso de consumir, o incluso prevenir por completo el consumo de seguridad[45]. Esta afirmación pretende alertarnos sobre el hecho de que los actores comerciales en materia de seguridad tienen un interés material en fomentar y sostener la demanda de sus bienes, lo que invariablemente significa traer productos novedosos y nuevos avances tecnológicos al mercado y cultivar las mismas ansiedades que hacen que sus productos sean atractivos o necesarios. También sugiere que, una vez que los consumidores hayan comprado seguridad, también cabe la posibilidad de que estos devengan decepcionados con el producto, o que queden interesados constantemente por la novedad, o que experimenten un tipo de ansiedad continua o de victimización repetida. Por lo tanto, pueden encontrarse en una extraña variante de la «rueda hedónica» de LAYARD,[46] en la que el miedo se prueba y se renueva, y en donde parece necesario volver a consumir, y en cantidades mayores, simplemente para mantener la situación de seguridad percibida. Cuanto más se abre el campo de la seguridad a las fuerzas del mercado, más probable es que se vea moldeada por un consumo excesivo el cual no tiene en cuenta a lo demás.

3.3. ¿Gobierno inquieto?

El tercer sitio para investigar la relación entre penalidad y exceso es el Estado. Nuestra preocupación aquí, en particular, es sobre la interacción entre la sensibilidad pública y las demandas de orden y las respuestas a la delincuencia que en los últimos años han llegado a dominar los programas y agendas políticas de los gobiernos de los Estados Unidos, Inglaterra y

---

[43] CRAWFORD, «Policing and security as «club goods»: The new enclosures», en WOOD y DUPONT (eds.), *Democracy, society and the governance of security*, 2006, pp. 111–38.

[44] HIRSCHMAN, *Shifting involvements: Private interest and public action*, 1982.

[45] Tales impulsos dirigidos hacia el consumo de diversos productos de seguridad, y las limitaciones socioculturales sobre éstos, merecerían cierta atención, de forma comparativa, sobre su estado en las diferentes sociedades occidentales. Actualmente, estoy comprometido, en Inglaterra, en un estudio de dos años sobre los significados sociales y las trayectorias de una gama de productos de seguridad que busca, al menos en parte, abordar empíricamente las preguntas planteadas en esta sección sobre el marketing y el consumo de seguridad.

[46] LAYARD, *Happiness: Lessons from a new science*, 2005, p. 48.

Gales y Nueva Zelanda, y también recientemente de Francia, Italia y Holanda[47]. Estas respuestas han visto a los gobiernos asumir una postura política punitiva e hiperactiva que habitualmente ha pasado por alto las complejidades de las sensibilidades que emanan del fenómeno de la delincuencia en favor de lecturas simplistas, reacias al riesgo y electoralmente satisfactorias de la «opinión pública»[48]. En otras palabras, el gobierno actúa como guardián y defensor del consumidor, provocando y dando respuesta a las demandas de castigo y seguridad de sus - siempre potencialmente desleales - clientes. Pero, ¿cómo cambia nuestra comprensión de estas respuestas políticas si uno trata las demandas públicas de seguridad y castigo como si fueran una especie de apetito, tal y como he estado sugiriendo, siendo esto una disposición que genera preferencias que tienden hacia el exceso miope y egoísta? Es aquí, en el ámbito de la elección política colectiva, donde «surgen los mismos conflictos entre metas inmediatas y distantes, entre excitación y compromiso», como señala Avner OFFER[49]. Por lo tanto, ¿podemos extender la metáfora del apetito de manera que mejore la comprensión de la tendencia de los gobiernos a recurrir a medidas penales «duras» y una retórica basada en el «complacer a la multitud», y los efectos de tales acciones?

Si uno realiza dicha reflexión, se siente obligado a examinar cómo tales respuestas implican que el gobierno actúe conscientemente, cada vez menos como un dispositivo de compromiso en este campo, prefiriendo en su lugar respuestas a la delincuencia que típicamente imitan tales fenómenos y reviven sus excesos. En otras palabras, el gobierno se convierte en un actor miope, contento con correr y poner en práctica las formas en las que surge la seguridad más demandada. Pueden señalarse varios casos. Por ejemplo, en primer lugar, el gusto por la velocidad, la decisión y la urgencia que ha llegado a marcar la actividad del gobierno contra el crimen, especialmente desde los eventos del 11 de septiembre. Esto ha ido acompañado de una marcada reticencia a reconocer el valor de aquellas instituciones y procesos que buscan sofocar y frenar el impulso de abordar la delincuencia y el terrorismo con decisiones autoritarias, ya sean estos a través de la invocación de derechos humanos, de supervisión judiciales, del escrutinio parlamentario, de burócratas penales y de funcionarios gubernamentales «remotos», incluso del propio derecho penal[50]. En segundo lugar, y de manera relacionada, se podría señalar que existe un considerable retraso en la garantía de que las nuevas instituciones, redes y poderes de lucha contra el terrorismo estén acompañadas de mecanismos adecuados de transparencia, supervisión y rendición de cuentas, junto con la falta de aprehensión de aspectos tales como derechos, procedimientos de quejas, parlamentarios, supervisión y similares. Esto podría entenderse, no como un impedimento para nuestra capacidad de garantizar la seguridad, sino como condiciones previas para mantener un tipo de seguridad que sea consistente, y no corrosivo, con la democracia liberal. Se puede señalar, en tercer lugar, la creación de espacios dentro del sistema de justicia penal para la expresión del resentimiento o enfado público, como aquellos que permiten a las víctimas hacer declaraciones que pueden generar un impacto en un proceso del cual siguen siendo espectadores; así como las repetidas presiones para empoderar a los

---

[47] Véase DOWNES/SWAANINGEN, «The road to dystopia? Changes in the penal climate of The Netherlands», en TONRY (ed.), *Crime and Justice in the Netherlands*, vol. 35, 2007, pp. 31–71; GARLAND, *The culture of control: Crime and social order in contemporary society*, 2001; NEWBURN, «Tough on crime: Penal policy in England and Wales», en TONRY (ed.), *Crime, punishment and politics in comparative perspective*, pp. 425–70; PRATT, *Penal populism*, 2007 y SIMON, *Governing through crime: How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*, 2007.

[48] Véase ROBERTS/HOUGH, *Understanding public attitudes to criminal justice,* 2005.

[49] OFFER, *The challenge of affluence: Self-control and well-being in the United States and Britain since 1950*, 2006.

[50] ERICSON, *Crime in an insecure world*, 2007.

individuos con información poco útil que aumenta su ira y actúa como una invitación permanente al exceso penal – siendo un claro ejemplo las «notificaciones a la comunidad» que los delincuentes sexuales deben ofrecer acerca de su paradero[51].

La metáfora del apetito también señala cómo el propio gobierno puede convertirse en un proveedor de novedad y excitación en el campo de la delincuencia de forma que deteriora las estrategias de compromiso de los demás, o lo que he llamado la prudencia en la seguridad. Al hacerlo, el gobierno autoriza una especie de fantasía de seguridad absoluta; actúa de forma en la que, implícitamente, promete erradicar la delincuencia, y fomenta y mantiene un clima febril en el que, como dice Jonathan SIMON[52]: «*un entorno de riesgo cero se aborda como una expectativa razonable, incluso un derecho*». La tarea del gobierno pasa a ser la de asegurar que la opinión pública (o al menos su versión de lo que constituye la opinión «pública») tenga sus demandas confirmadas y satisfechas; no es parte de la responsabilidad legítima de los actores políticos discutir tal opinión, poner en práctica otro punto de vista, señalar hechos controvertidos o dilemas insolubles, o hablar de la compensación de valores, o de los límites de lo que la policía y el castigo pueden ofrecer para producir sociedades seguras. En cambio, como Richard SENNETT[53], ha observado muy a su pesar, sobre el *New Labour* en el Reino Unido, el gobierno de hoy actúa más típicamente como consumidor de sus propias políticas, 'abandonándolas como si no tuvieran valor una vez que existen' y sigue adelante con el lanzamiento de nuevos, y más frescos lotes.[54] Esto, como señala SENNETT, no solo erosiona aún más la confianza pública en el gobierno; también se corre el riesgo de alimentar expectativas que no se pueden cumplir fácilmente, lo que hace que la demanda de orden y castigo sea inelástica, malhumoradamente estática, independientemente de las medidas que se tomen[55], y coloca al gobierno en una trampa miope de la que resulta difícil escapar, incluso aunque exista la motivación política para hacerlo.

El resultado, frecuentemente, es la producción y reproducción, dentro de las relaciones sociales y de la vida pública, de un «iliberalismo» impaciente, además de un aumento en los niveles de inversión material y simbólica en soluciones penales a los problemas delictivos. Al despertar

---

[51] Los estatutos encargados de notificar a la comunidad, los cuales son comunes en los EE.UU. (véase www.megans-law.net), y un tema recurrente de agitación y campañas en el Reino Unido, ofrecen un excelente ejemplo de cómo el gobierno despierta los apetitos de seguridad, cuando la mejor opción es restringirlos o atarlos. ELSTER, en una discusión general sobre el problema de la excitación y el pre-compromiso, cita las palabras de MONTAIGNE, las cuales podrían haber sido escritas teniendo en cuenta las medidas de notificación de delincuentes sexuales:

> *Es una locura querer enterarse de un mal para el que no hay cura más allá de un tratamiento que lo empeora y lo exacerba. . . debemos usar nuestro ingenio para evitar hacer descubrimientos tan inútiles que nos puedan torturar.*

Por supuesto, este camino ha sido transitado por algunos, y es tentador para muchos otros, precisamente porque no confían en los profesionales penales para manejar a los delincuentes peligrosos (y proteger a los niños) en su nombre y, por lo tanto, prefieren tener el poder para hacerlo ellos mismos. No obstante, esto parece similar al deseo de un drogadicto: uno desea algo (en este caso, información) que desearía no desear tener.

[52] SIMON, «Governing through crime: How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear», 2007, p. 16.

[53] SENNETT, *The culture of the new capitalism*, 2006, p. 176.

[54] En parte, esto explica el hecho notable de que el gobierno del New Labour en el Reino Unido haya aprobado más actos/leyes parlamentarias relacionadas con el crimen, la justicia penal y el castigo desde que fue elegido por primera vez en 1997 (66 a fines de 2007) que el número total de leyes de índole similar aprobadas durante los 97 años del siglo XX que precedieron a la elección de Tony Blair (42). Cabe señalar que estas medidas han formado parte de una ola legislativa más amplia que ha abarcado todo el campo de las políticas públicas.

[55] CARLEN, «Imaginary penalities and risk-crazed governance», en CARLEN (ed.), *Imaginary penalities*, 2003, pp. 1–25.

imprudentemente apetitos de seguridad que deberían estar sujetos a la regulación de las instituciones de «restricción liberal»[56], los actores políticos alimentan la boca que les muerde. En este entorno, lo que es más deseable y propicio para la producción de sociedades seguras - la gobernanza democrática inclusiva de demandas y recursos limitados por el reconocimiento de la seguridad[57] - se convierte en lo más difícil de lograr[58].

4. El fin del exceso: «cintas de correr de inseguridad» y cómo salirse de ellas

El presente artículo ha sido escrito más como un principio que como un final; un esfuerzo por avanzar en una nueva línea de investigación sobre la cultura y la política penal contemporánea. No obstante, a modo de conclusión, quiero ofrecer algunas reflexiones suscitadas por dos posibles significados de la noción «*fin* del exceso». El primero aborda la cuestión de hasta dónde puede llevar una búsqueda de seguridad excesiva y centrada en el castigo a las democracias liberales contemporáneas - en otras palabras, se trata de averiguar a dónde conduce el exceso. El segundo tiene que ver con cómo esas tendencias podrían desacelerarse o moderarse o cómo, de manera más ambiciosa, uno puede comenzar a visualizar y trazar un curso completamente diferente - en otras palabras, cómo poner fin al exceso.

La imagen de una cinta de correr encapsula claramente la dinámica cultural y política de un campo de (in)seguridad marcado por el exceso. Rara vez se sube a una cinta de correr voluntariamente: se requiere un esfuerzo constante, y tal esfuerzo deja a uno parado precisamente donde comenzó (solo que más exhausto). La imagen funciona en el contexto actual para iluminar cómo las demandas sociales de acciones cada vez más «duras» para contrarrestar los riesgos del crimen y las amenazas terroristas, o los actos de búsqueda de seguridad individual, comunitaria u organizacional, tienden a ser contraproducentes e inútiles, el resultado de los cuales es la creación de ciclos de actividad que se perpetúan a sí mismos, lo que hace que la «seguridad» sea menos una condición estable de bienestar y más un estado de esfuerzo infinito. Esto, he argumentado, se refuerza cuando los gobiernos responden a los apetitos públicos de seguridad y castigo de una manera inquieta e impaciente. Este fenómeno se caracteriza por el intento de montar, en lugar de domesticar, el tigre de la seguridad y los apetitos penales a los que los gobernantes políticos consideran que se enfrentan. También, se abordan estos apetitos como fijos e infalibles, y se privilegia la acción que opera en la superficie de las relaciones sociales y la conciencia pública en lugar de preocuparse de medidas que puedan mejorar la sensación o los sentimientos más profundos relacionados con la seguridad de las personas. Asimismo, dicho fenómeno atrapa al gobierno en una espiral de acciones caracterizadas por su «dureza»/ nuevos episodios de alarma social / indignación pública/ más acción «duras» que, inadvertidamente, impulsa a las democracias liberales en direcciones antiliberales y coloca a los gobernantes políticos en un bucle que o bien no saben cómo escapar, o bien no se atreven a correr los riesgos que conlleva intentarlo. El resultado es que la seguridad se vuelve social y políticamente omnipresente[59].

---

[56] BOSWELL, «Theorizing migration policy: Is there a third way?», *International Migration Review* 41, 1, 1994, pp. 75–100. y HOLLIFIELD, *Immigrants, markets, and states: The political economy of postwar Europe*, 1992.

[57] LOADER/WALKER, *Civilizing security*, 2007.

[58] ELSTER, *Ulysses unbound: Studies in rationality, precommitment, and constraints*, 2000, p. 157.

[59] LOADER/WALKER, *Civilizing security*, 2007 y SIMON, *Governing through crime: How the war on crime transformed American,* 2007.

La cuestión sobre cómo se puede frenar, o incluso alejarse de una «cinta de correr de inseguridad» es un tema amplio y controvertido, y las respuestas que puedan resultar adecuadas van más allá del alcance de este artículo. Pero una pista sobre cómo se podría proceder y comenzar a forjar una política de seguridad alternativa, radica en reconocer que las demandas 'populares' de orden y seguridad no son infalibles y que, como lo expresa OFFER[60], «*a los adultos también les conviene recibir algunos consejos de vez en cuando*»[61]. Sin embargo, en una era cínica, poco deferente y consumista, no está nada claro cómo y quién debe formular esa «guía», y por qué medios es mejor hacerla disponible públicamente. Una opción - y cada vez más la posición por defecto en tiempos difíciles - es dar preferencia a los consejos provenientes de los profesionales policiales, de seguridad y penitenciarios; aunque, durante los últimos años, los acontecimientos han revelado a menudo y de manera trágica que tales afirmaciones no son ni infalibles, ni desinteresadas, ni políticamente inocentes. Por otro lado, otra opción es la de mejorar la participación y la deliberación pública sobre los dilemas de seguridad a los que se enfrentan las sociedades liberales contemporáneas y sobre cuál sería la mejor forma de aprehenderlos y abordarlos - en resumen, democratizar las políticas penales y de seguridad. Esta opción se enfrenta a la espinosa cuestión de si una mayor participación democrática puede producir y proporcionar la 'restricción liberal' necesaria en la forma en que abordamos los riesgos delictivos, o si - como muchos temen[62] - simplemente alimentará las llamas populistas, actuando como una nueva y poderosa fuente de excitación y demanda. Creo que hay buenas razones - como Neil WALKER y yo hemos argumentado previamente[63] - para creer que la primera opción puede llegar a ser el caso, y que la gobernanza democrática de la seguridad es de hecho una condición previa para poder permitir que «todos» los ciudadanos vivan juntos en confianza y cómodos con el riesgo.

Un gobierno democrático puede contribuir mejor a la tarea de dirigir la política de seguridad en esta dirección, no bailando al son de las sirenas más ruidosas, ni pensando en el gobierno como un defensor del consumidor que sucumbe ante cualquier exigencia de castigo y que exige que se impongan más medidas de seguridad. El papel del gobierno en este campo no es traducir incuestionablemente lo que cree que es la voluntad del consumidor, sino más bien actuar como un «arquitecto de opciones» con 'responsabilidad de organizar el contexto en el que las personas toman decisiones'[64]. Visto desde este punto de vista, la política penal y de seguridad podría terminar en un lugar mejor si el gobierno comenzara a tratar las demandas de seguridad de forma similar a otro tipo de placeres y ansias de los consumidores. Entonces se podría comenzar a emitir «advertencias sanitarias» sobre los peligros del consumo (excesivo); se podrían iniciar negociaciones con los productores de seguridad (incluidos, en este caso, los propios actores y agencias) sobre las promesas que hacen al promover sus productos; también, se podría insistir en la importancia de realizar una reflexión pública inclusiva sobre aquello que «estamos» haciendo cuando castigamos o cuando intentamos alcanzar una mayor sensación de seguridad.

---

[60] OFFER, *The challenge of affluence: Self-control and well-being in the United States and Britain since 1950*, 2006, p. 72.

[61] Véase también THALER/SUNSTEIN, *Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness*, 2008.

[62] Por ejemplo LACEY, *The prisoners' dilemma: The political economy of punishment in comparative perspective,* 2008 y ZIMRING/JOHNSON, «Public opinion and the governance of punishment in democratic political systems», *Annals of the American Academy of Social and Political Science* 605, 1, 2000, pp. 265-280.

[63] LOADER/ WALKER, *Civilizing security*, 2007.

[64] THALER/SUNSTEIN, *Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness*, 2008.

En resumen, se podría comenzar a modelar y articular una ética de moderación penal en la sociedad[65].

5. Bibliografía

AINSLIE, George, *Picoeconomics: The interaction of successive motivational states within the person*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.

AVANT, Deborah, *The market for force: The consequences of privatising security*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

BAUMAN, Zigmun, *Liquid fear*, Polity, Cambridge, 2006.

BECKETT, Katherine, *Making crime pay: Law and order in contemporary American politics*, Oxford University Press, Oxford, 1997.

BIGO, Dan (ed.), *Illiberal practices in liberal regimes*, L'Harmattan, Paris, 2006.

BODY-GENDROT, Sophie «From old threats to enigmatic enemies: The evolution of European policies from low intensity violence to homegrown terrorism», en BODY-GENDROT, SOPHIE/SPIERENBURG, PIETER (eds.), *Violence in Europe: Historical and contemporary perspectives*, Springer, New York, pp. 115–37. New York: Springer.

BOSWELL, Christina, «Theorizing migration policy: Is there a third way?», *International Migration Review,* 41(1), 2005, pp. 75 ss.

BUTTON, Mark, *Private policing*, Willan, Cullompton, 2003.

CARLEN, Patrick, *Imaginary penalities and risk-crazed governance*, Willan, Cullompton, 2008.

CRAWFORD, Alison, *Policing and security as "club goods": The new enclosures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

DAMER, Sean, *From Moorepark to "Wine Alley": Rise and fall of a Glasgow housing scheme*. Edinburgh University Press, Edinburgh, 1998.

DE HAAN, Willem, «Migration and the changing culture of control in The Netherlands: From multicultural drama to cultural trauma», *Kriminologisches Journal*, 38, 2007, pp. 32 ss.

DOWNES, Daniel/SWAANINGEN, Raich, «The road to dystopia? Changes in the penal climate of The Netherlands», in M. TONRY (ed.) *Crime and Justice in the Netherlands*, vol. 35, 2007 pp. 31–71. Chicago, IL: University of Chicago Press.

ELLIOT, Anthony/LEMERT, Charles, *The new individualism: The emotional costs of globalization*, Routledge, London, 2006.

ELSTER, Jon, *Ulysses unbound: Studies in rationality, precommitment, and constraints*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

[65] MULGAN, *Good and bad power: The ideals and betrayals of government*, 2006, p. 206.

ELSTER, Jon/SKOG, Ole-Jorgen (eds.), *Getting hooked: Rationality and addiction*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 1 ss.

ERICSON, Richard, *Crime in an insecure world*, Polity, Cambridge, 2007.

GARLAND, David, *The culture of control: Crime and social order in contemporary society*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

GARLAND, David, *Punishment and modern society: A study in social theory*, Oxford University Press, Oxford, 1990.

GIDDENS, Anthony, *Modernity and self-identity*, Polity, Cambridge, 1991.

GILROY, Peter, *After empire: Melancholia or convivial culture?*, Routledge, London, 2004.

GIRLING, Evi/LOADER, Ian/SPARKS, Richard, *Crime and social change in middle England: Questions of order in an English town*, Routledge, London, 2000.

GOTTFREDSON, Michael R./HIRSCHI, Travis, *A general theory of crime*, Stanford University Press, Stanford, CA, 1990.

HUNTINGTON, Samuel P., *The clash of civilizations and the remaking of world order*, Simon & Schuster, New York, 2002.

JOHNSON, Richard, «Defending ways of life», *Theory, Culture and Society*, 19(4), 2004, pp. 211 ss.

LACEY, Nicola, *The prisoners' dilemma: The political economy of punishment in comparative perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

LAYARD, Richard, *Happiness: Lessons from a new science*, Penguin, Harmondsworth, 2005.

LOADER, Ian, *Civilizing security*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

LOADER, Ian, «Consumer culture and the commodification of policing and security», *Sociology,* 33(2), 2002, pp. 373 ss.

LOADER, Ian/SPARKS, Richard, *Crime and social change in middle England: Questions of order in an English town*, Routledge, London, 2000.

MELOSSI, Dario, «Security, social control, democracy and migration within the "constitution" of the EU», *European Law Journal,* 11(1), 2005, pp. 5 ss.

MULGAN, Geoff, *Good and bad power: The ideals and betrayals of government*, Penguin, Harmondsworth, 2006.

MUNCIE, Jack, *Youth and crime*, 2nd ed., SAGE, London, 2004.

MYTHEN, Gabe/WALKLATE, Sandra, «Communicating the terrorist risk: Harnessing a culture of fear?», *Crime Media Culture,* 2(2), 2006, pp. 123 ss.

OFFER, Avner, *The challenge of affluence: Self-control and well-being in the United States and Britain since 1950*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

O'MALLEY, Patrick, «Risk, power and crime prevention», *Economy and Society,* 21(3), 1992, pp. 251 ss.

PRATT, John*, Penal populism*, Routledge, London, 2007.

ROBERTS, Julian/HOUGH Mike, *Understanding public attitudes to criminal justice*, Open University Press, Maidenhead, 2005.

SASSON, Theodore, *Crime talk: How citizens construct a social problem*, Aldine de Gruyter, New York, 1995.

SENNETT, Richard, *The culture of the new capitalism*, Yale University Press, New Haven, CT, 2006.

SENNETT, Richard, *The corrosion of character*, Norton, New York, 1998.

SIMON, Jonathan, *Governing through crime: How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*, Oxford University Press, New York, 2007.

THALER, Richard H./SUNSTEIN, Cass R., *Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness*, Yale University Press, New Haven, CT, 2008.

TONRY, Michael (ed.), *Crime, punishment and politics in comparative perspective*, University of Chicago Press, Chicago, IL, 2007.

VAUGHAN, Barry, «The punitive consequences of consumer culture», *Punishment & Society* 4(2), 2002, pp. 195–211.

WACQUANT, Loïc, *Punishing the poor: The new government of social insecurity*, Duke University Press, Durham, NC, 2009.

WACQUANT, Loïc, *Penalization, depoliticization, racialization: On the over-incarceration of immigrants in the European Union*, London, 2006.

WHITMAN, James Q., *Harsh justice: Criminal punishment and the widening divide between America and Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

YOUNG, Jock, *The vertigo of late modernity*, SAGE, London, 2009.

ZIMRING, Franklin E./JOHNSON, David, T., «Public opinion and the governance of punishment in democratic political systems*», Annals of the American Academy of Social and Political Science*, 605(1), 2006, pp. 265 ss.

InDret
3.2022

ExLibris

Sección coordinada por *Pablo Sánchez-Ostiz*

Recensiones:

Recensión a Rainer FORST/Klaus GÜNTHER, *Normative Ordnungen*, Suhrkamp, Berlín, 2021, 683 páginas, por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

Recensión a Cristina GARCÍA ARROYO, *Los delitos de cohecho antecedente*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 603 páginas, por Roberto CRUZ PALMERA

Recensión a Guillermo YACOBUCCI, *(In)Exigbilidad y pena. El problema de la sanción penal en situaciones dilemáticas*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2021, 332 páginas, por Germán ALEGRE

-

InDret
3.2022

Rainer Forst/Klaus Günther, Normative Ordnungen, *Suhrkamp, Berlín, 2021, 683 páginas*

Pablo Sánchez-Ostiz
Universidad de Navarra
pablosostiz@unav.es

-

Desde 2006 viene trabajando en la *Goethe-Universität Frankfurt am Main* el grupo interdisciplinario de investigación «Normative Ordnungen / Normative Orders» (https://www.normativeorders.net/de/). En él se integran académicos de muy diversa procedencia universitaria y temática, pero unidos todos por un proyecto común: desentrañar los niveles y manifestaciones de la normatividad en nuestras relaciones personales y sociales. Hablar de normatividad es referirse al Derecho, pero también a la ética, la ciencia política, la religión, la sociología o las relaciones internacionales, sin excluir las ciencias de la comunicación o el arte.

El concepto de «normative Ordnung» proviene de otros autores, particularmente se cita la influencia de KELSEN (p. 9), pero se emplea aquí para referirse no solo al ordenamiento jurídico, sino también a muchos otros órdenes regulativos de conductas en sociedad. Según se expresa desde el comienzo, se trata de comprender cómo se conforman y se asientan los ordenamientos de nuestras sociedades, cómo subsisten, mutan o se quiebran. Se busca ahondar en los factores constitutivos y justificatorios de esos ordenamientos, en un plano tanto nacional como transnacional, lo cual incluye atender a su estructura narrativa (el de narrativa es un concepto clave en este proyecto: p. 14), su naturaleza jurídica, el carácter moral, el factor religioso, lo convencional, junto con lo político; y eso, prestando atención a cada uno de tales aspectos por separado, como también a la conjunción de todos ellos. Esto llevó a que el trabajo investigador del grupo fuera desde el comienzo interdisciplinario, combinando planteamientos teóricos con lo empírico, para describir la eficacia tanto normativa como fáctica (p. 10). Sin duda, una empresa titánica por lo amplio que resulta el objeto y variadas las perspectivas metodológicas a emplear.

El grupo surge como resultado de una iniciativa de política científica y universitaria que ha concitado múltiples intereses y proyectos para aunarlos en un esfuerzo conjunto que trascienda particularismos aislados o provincialismos, y que se ha plasmado en numerosos proyectos en marcha y una serie de líneas de trabajo. Tuvo en su origen un grupo de excelencia (*Cluster of Excellence*) denominado «Die Herausbildung normativer Ordnungen» que, en el marco de diversas iniciativas de los gobiernos federal y de los estados, recibió el apoyo de la *Deutsche Forschungsgemeinschaft*. La puesta en marcha de este grupo ha sido posible también con la colaboración de otras instituciones, como el *Frobenius-Institut*, la *Hessische Stiftung Friedens- und Konfliktforschung*, el *Institut für Sozialforschung*, el *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Heidelberg), junto con la *Technische Universität Darmstadt*, además de la propia *Goethe-Universität*.

La obra colectiva aquí recensionada no es uno más de los abundantes trabajos conjuntos de este grupo, sino que marca un nuevo hito en los avances alcanzados. Es el producto tangible de un trabajo coordinado de muy variados académicos que durante años vienen acotando los problemas y aportando visiones interdisciplinarias. Aquí hay algo más que una colectánea de temas afines: es expresión de un trabajo coordinado de diversos investigadores en ciencias sociales que ha dado

no pocos frutos y resultados. No en vano su título coincide con el del grupo, como mostrando su carácter de presentación conjunta –una más– de resultados a la comunidad académica y social. A juzgar por las actividades y publicaciones que se mencionan en su sitio web, los quince años que median entre su origen y este volumen, no han sido escasos en productividad (cfr. https://www.normativeorders.net/de/publikationen). Tampoco parece haber sido tarea fácil, pues se trataba de dar cuerpo a una idea ambiciosa, poliédrica, casi inasible, esquiva y sobre todo ardua, si lo que se pretende es delimitar sus dimensiones y abarcar todas las cuestiones que implica. Otro trabajo relevante fue *Die Herausbildung normativer Ordnungen. Interdisziplinäre Perspektiven*, Frankfurt a.M., 2011, con las ponencias del simposio que en 2008 tuvo lugar bajo dicho título, en el ámbito del entonces grupo de excelencia que ya ha sido mencionado.

Normative Ordnungen se compone de 27 contribuciones, más una introducción. En total, intervienen 32 académicos de perfiles variados: predominan los que se ocupan de cátedras o institutos de Derecho (Armin VON BOGDANDY, Christoph BURCHARD, Matthias GOLDMANN, Klaus GÜNTHER, Stefan KADELBACH, Alexander PEUKERT, Ute SACKOFSKY e Ingo VENZKE), o de Filosofía (Stefan GOSEPATH, Jürgen HABERMAS, Axel HONNETH, Matthias LUTZ-BACHMANN, Christoph MENKE, Martin SEEL, y Marcus WILLASCHEK); pero también de Economía política (Rainer KLUMP y Pascal WOLFF), Etnología (Mamadou DIAWARA y Susanne SCHRÖTER) o Relaciones internacionales (Christopher DAASE y Nicole DEITELHOFF), junto a historiadores (Annette IMHAUSEN, Bernhard JUSSEN y Hartmut LEPPIN), sociólogos (Martin SAAR y Sighard NECKEL) y politólogos (Nikita DHAWAN, Rainer FORST, Darrel MOELLENDORF y Jens STEFFEK), así como teóricos de la comunicación (Angela KEPPLER) o del cine (Vinzenz HEDIGER). Entre los juristas, los hay de Derecho público e internacional público (Armin VON BOGDANDY, Matthias GOLDMANN, Stefan KADELBACH, Ute SACKOFSKY e Ingo VENZKE), privado (Alexander PEUKERT) y penal (Christoph BURCHARD y Klaus GÜNTHER).

Tras la breve introducción (pp. 9-21), a cargo de Rainer FORST y Klaus GÜNTHER, coordinadores de la edición y codirectores del proyecto, el volumen se halla distribuido en cuatro partes, cada una de ellas encabezada por la referencia a una cuestión: ¿qué vale?, ¿qué vale dónde?, ¿quién narra qué y cómo?, y ¿quién ordena qué? Se trata de las cuestiones que reflejan los elementos fundamentales del programa de investigación propuesto (p. 18).

En la primera (I: La ambivalencia de los órdenes normativos) se dan cita sobre todo filósofos. En sus contribuciones abordan la esencia de lo normativo de esos ordenamientos, su doble operatividad entre facticidad y validez. Se incluye aquí el estudio comparativo de cómo puede obrar una moralidad basada en pretensiones de universalidad de cuño kantiano frente a las de orden hegeliano (Jürgen HABERMAS); la relación entre Derecho y moralidad (Axel HONNETH); una teoría de los órdenes de justificación (Rainer FORST); cómo se comportan entre sí la corrección normativa y la validez social (Marcus WILLASCHEK); la comprensión de los ordenamientos normativos como «segunda naturaleza» (Christoph MENKE); cómo ha de entenderse la normatividad inmanente de tales órdenes (Martin SAAR); o cómo ha de fundamentarse un orden normativo liberal entendido como dominio o como justificación (Christopher DAASE y Nicole DEITELHOFF). Son contribuciones que derivan de la cuestión fundamental de *qué tiene validez, qué vale*, a la que se busca dar respuesta desde diversos puntos de vista y que admite variados desarrollos. Como era de esperar, hay más propuestas aproximativas y parciales que respuestas definitivas.

En la segunda parte (II: La universalidad de los órdenes normativos), se combina la visión filosófica e histórica, con la de internacionalistas y politólogos; una variedad que puede ser

oportuna para abordar la nada sencilla cuestión de *¿qué vale dónde?* o, con otras palabras: ¿hasta dónde se extiende la validez de esa pretendida normatividad? Se incluye aquí una visión crítica desde el postcolonialismo (Nikita DHAWAN), o se exploran alternativas posibles al eurocentrismo (Bernhard JUSSEN); pero también se realiza una propuesta de posibles fundamentos para llevar a cabo tareas nada fáciles como las de elaborar una filosofía global dialógica (Stefan GOSEPATH), fundamentar valores absolutos como el de la dignidad humana (Matthias LUTZ-BACHMANN), y los derechos humanos, diversificados como están en enfoques y perspectivas parciales (Stefan KADELBACH); o se analizan los requerimientos para el uso de la violencia en el ámbito internacional (Armin VON BOGDANDY, Matthias GOLDMANN e Ingo VENZKE), o finalmente cómo influye el populismo en el contexto político internacional (Jens STEFFEK).

Partiendo del convencimiento de que un orden normativo, para ser tal, recurre a narrativas de diversa clase que logren su justificación (p. 14), se exponen algunos intentos dirigidos a tal fin. Sobre la capacidad de rendimiento de esas narrativas tratan las contribuciones de la tercera parte (III: La performatividad de los ordenamientos normativos) o, formulado en términos de cuestión: *¿quién narra qué y cómo?* Intervienen autores de procedencia plural, pero con el objetivo conjunto de exponer cómo los órdenes normativos se hacen vida real plasmándose en diversos instrumentos y recurriendo a narrativas de justificación. Así, se estudia, a modo de ejemplo, cómo pudo hacerse realidad en una comunidad con base religiosa cristiana de la antigüedad, a comienzos del siglo V (Hartmut LEPPIN); o cómo planteamientos científicos se hallaban presentes en la configuración de la sociedad del antiguo Egipto (Annette IMHAUSEN); o de qué manera operan utopías políticas religiosas islámicas, basadas en la *Djihad* (Susanne SCHRÖTER). Pero también, y en extraña asociación temática, se aborda cómo los conceptos jurídicos de derechos de autor y propiedad intelectual modifican y configuran nuestro modo de entender la cultura (Mamadou DIAWARA); o cómo es empleado el cine como canal de narrativas de justificación de diversos órdenes normativos (Angela KEPPLER y Martin SEEL); o la fuerza normativa que puede tener la documentación –fotografía, teatro, cine…– de los hechos a la hora de criticar y deslegitimar narrativas pretendidamente justificantes de un orden político o social (Vinzenz HEDIGER); junto con la capacidad de justificación que de hecho despliegan algunas explicaciones económicas de los fenómenos, como la del efecto derrame o «trickle down» (Rainer KLUMP y Pascal WOLFF).

Finalmente, en la cuarta parte (IV: Dinámica y fragilidad de los ordenamientos normativos) se expone cómo evolucionan las diferentes maneras de justificarlos y cómo se operan en contextos cambiantes. Retoman aquí la palabra sobre todo los juristas. En concreto, para exponer cómo en sociedades caracterizadas por la digitalización y mediante la inteligencia artificial, puede verse afectado el modo de lograr conductas de los ciudadanos (Klaus GÜNTHER); o de qué forma la «sociedad de la predicción» está cambiando el paradigma del Derecho penal (Christoph BURCHARD); también, de qué manera en conceptos jurídicos como el de propiedad intelectual pueden estar operando dinámicas de poder (Alexander PEUKERT), o cómo pueden cuestionarse algunos modos de operar de los tribunales ante planteamientos discriminatorios por razón de sexo (Ute SACKOFSKY). Junto a estos, resulta interesante la exposición de cómo esos órdenes normativos consiguen estabilizarse o, en cambio, acaban en su destrucción (Sighard NECKEL); así como, por último, qué planteamientos cuentan con fundamentos sólidos (esperanzas) en un orden normativo (Darrel MOELLENDORF). Buscando el paralelismo con las restantes partes, ahora se cuestiona *¿quién ordena qué?*

Sin menoscabo de la relevancia de las contribuciones singulares y de sus autores, revisten especial interés algunas contribuciones, de las que se deja aquí constancia.

Por un lado, la de HONNETH (pp. 42-73), titulada «Recht und Sittlichkeit. Aspekte eines komplexen Wechselverhältnisses», donde, a propósito de la obra de Mark OSIEL (*The Right to Do Wrong. Morality and the Limits of Law*, 2019), aborda la cuestión del significado normativo de la moralidad (*Sittlichkeit*) y cómo esta puede afectar, limitar, modificar el Derecho (p. 43). Frente a la tradicional separación –o incluso enemistad–, se constata cómo existen restricciones en el ejercicio de ciertos derechos subjetivos que provienen de razones morales atendibles, o al menos planteables (pp. 44-49). A partir del concepto hegeliano de «Sittlichkeit», se cuestiona cómo es posible legitimar la moralidad en los diversos grupos sociales. Allá donde el Derecho tiene y ejerce pretensiones sobre las conductas de los sujetos en un grupo social, allí existe ya una moral cotidiana o «Alltagsmoral» (p. 54), que no es menos importante para el Derecho, pues cuanto más débiles sean los convencimientos morales de los ciudadanos de una sociedad, más habrá de sobreactuar el Derecho para compensar y hacer cumplir la exigencia de conductas (p. 56). Ambos, Derecho y moral, tiene mucho que decir pues ambos se refieren a las conductas humanas que se pretende conseguir o evitar. No se trata de reflejar en Derecho todo contenido de relevancia moral, sino de atender a sus mutuas relaciones e intersecciones. Que habrá que revisar los tradicionales planteamientos entre ambos órdenes es algo que parece claro (p. 72).

También resulta de interés la contribución de FORST («Normativität und Wirklichkeit. Zu einer kritisch-realistischen Theorie der Politik»: pp. 74-93), quien esboza su «programa de teoría crítica» –expuesto en otros lugares– como «crítica de las relaciones de justificación» que empleamos (descrito en pp. 90 s.). Aquí, plantea la necesidad de hallar justificaciones para las relaciones políticas, tarea ineludible si se parte, como él hace, de que somos seres intrínsecamente buscadores de justificaciones, propias y ajenas, de motivos y razones (pp. 84, 86, 90), sin las cuales no se nos entiende. El de justificación (p. 77) es uno de los que el autor califica como concepto mediador («Vermittlungsbegriff») para superar el abismo entre lo normativo y lo empírico (p. 76). Nuestras complejas y pluralistas sociedades modernas basan los órdenes normativos sobre la base de articuladas narrativas de justificación del uso del poder (p. 83). Se hace preciso desentrañar las narrativas y «contranarrativas» de justificación del poder (p. 84). No se trata de meros intereses de utilidad, sino de «valores fuertes» (en expresión de Ch. TAYLOR) que afectan a lo más personal de los sujetos. Se requiere aportar razones de justificación que no apelen al mero uso del poder, sino que se basen en la capacidad de suscitar validez entre todos los implicados (p. 86). Esto exige comprender la autoridad en estrecha relación con el concepto de autonomía (p. 89), y la justificación misma como un ejercicio de autonomía (p. 87). En última instancia, su planteamiento lleva a entender la democracia como una idea regulativa (p. 88), como ejercicio de justicia y formulación de justificaciones (p. 89).

Se refiere WILLASCHEK a la relación entre validez social y corrección normativa («Soziale Geltung und normative Richtigkeit. Eine social-pragmatische Konzeption von Normativität», pp. 94-116). Si no se cuenta con un criterio estable, no es posible la crítica (p. 95), y se incurre en un inaceptable relativismo (pp. 102, 109-115). Esto significa enfrentar la validez (fáctica) a la corrección (normativa), el relativismo de la primera al carácter absoluto de la segunda. Partiendo de que a todos nos asiste el derecho a recibir justificación de las normas que nos afectan, considera insuficientes algunas fundamentaciones al uso (también la de FORST) y prefiere apelar a un criterio absoluto y no mudable (pp. 101-104). Para esto exige, como condiciones para la validez de una norma, que, como fruto de una exitosa educación, sea ampliamente observada y escasamente infringida en una sociedad dada, así como que sea también posible sancionar sus infracciones y sirva para criticar las conductas opuestas (p. 101). En principio, se presume que una norma que goce de validez social tiene también corrección normativa (p. 104), a no ser que obren fundados motivos para pensar lo contrario, como sería la existencia de situaciones fácticas

que resultan inaceptables o de un conflicto con otras normas coherentes y vigentes (la pertenencia a un sistema de normas es factor de corrección normativa: p. 105). Propone que toda sociedad justifique sus normas en la medida en que no puedan rechazarse con razones que rigen y son aceptadas en la propia sociedad. Y esto opera también para juzgar otras culturas, presentes o pasadas: de estas, podremos considerar como erróneas las normas que resulten incompatibles con las nuestras, a la vez que podremos defender las nuestras frente a las pretensiones de negarles corrección. Ante el riesgo de circularidad, propone recurrir a la idea de «progreso normativo» (pp. 96, 113, 116): resulta posible la confluencia de culturas y sociedades diversas en puntos de referencia firmes y absolutos. Una norma será correcta en la medida en que sea válida socialmente, resista a la crítica con razones aceptables en esa sociedad y sea capaz de mantenerse a lo largo del tiempo (p. 113). A fin de cuentas, ese progreso normativo no es más que la paulatina aproximación a la corrección normativa (p. 115). Más allá de la impresión de que resulta difícilmente viable, lo valioso de su propuesta es plantear un criterio de corrección basado en la argumentación de razones asumibles. Lo que queda por perfilar son dichas razones.

La contribución de LUTZ-BACHMANN aborda el clásico y controvertido tema de la relación entre valores y normas («Werte und Normen», pp. 249-277); y lo lleva a cabo partiendo del origen etimológico de ambos términos (pp. 250-252), para pasar después a su estudio sistemático (pp. 253-263), en donde distingue la acción estratégica de la teleológica y de la regulada por normas. Es en estas últimas donde surge la reflexión por la plenitud de sentido y valor, aquello que constituye nuestra propia identidad, la clase de seres que queremos llegar a ser (Ch. TAYLOR, p. 258). Mientras que la norma admite un doble uso (uno, meramente descriptivo, frente a otro, prescriptivo cuando adquiere pretensión de cumplimiento), a los valores les es más propio el primero de ambos (p. 263). Al plantear su interrelación (pp. 264-277), rechaza tanto su mutua identificación como su radical separación (pp. 265-266); es más, la tendencia a expulsar de la discusión pública el razonamiento sobre el bien moral o la corrección moral de las conductas no garantiza en absuelto resolver los problemas, sino que los puede agravar, al dejarnos desprovistos de elementos que pertenecen a nuestra identidad como seres morales (p. 267). Frente a los modos de enfocar la relación entre valores y normas propios del utilitarismo y contractualismo, no disimula su preferencia por el modo kantiano (p. 274). Con todo, propone rescatar conceptos morales como los de hábito y virtud orientada a valores, en la medida en que pueden complementar los razonamientos y justificaciones que suelen presentarse (pp. 276-277).

En su aportación («Von normativen zu smarten Ordnungen?», pp. 523-552) se refiere GÜNTHER a cómo el uso de medios tecnológicos de vigilancia, datos masivos, algoritmos e inteligencia artificial están configurando las políticas, en particular, la política criminal. Califica como «smarte Ordnungen» (p. 525) los ordenamientos que emplean tales tecnologías para identificar conductas que se aparten de las normas, minimizarlas e incluso impedirlas. Entre estos medios, incluye la anticipación de conductas socialmente relevantes («anticipatory government»), los sistemas de «smart city», los programas de «predictive policing» y los contratos basados en tecnologías de *blockchain* o «smart contracts». Este «control de conductas optimizado técnicamente» (p. 533) no es nuevo; lo nuevo es su perfeccionamiento, hasta el punto de reducir casi a cero la posibilidad de una conducta desviada (p. 535). A la idea de norma pertenece el que pueda ser desobedecida; e impedirlo supone, no la perfección de un orden normativo, sino su desaparición (p. 541); ya no se trata de motivar al seguimiento de la norma, sino de hacerla regir de manera cognitiva, los mensajes normativos se mudan en imposibilidades físicas. Y así la estructura comunicativa de la norma cede paso a la producción técnica de normalidad (pp. 543-545). Frente a estas manifestaciones de control técnico, reivindica la normatividad de la vida real de las personas reales, basada en la confianza, como también atenta al riesgo de su infracción

(pp. 551-552). Sin duda, cabe dar la razón a GÜNTHER cuando afirma que con tales medios técnicos quizá ganamos en seguridad fáctica, pero no tanto en la construcción de auténticos órdenes normativos.

A conclusiones semejantes llega BURCHARD en su capítulo («Von der "Strafrechts"ordnung der Prädiktionsgesellschaft zur Strafrechts"ordnung" des liberalen Rechtsstaats», pp. 553-579). Parte del concepto de «sociedad de la predicción», aquella en la que las decisiones políticas del presente se adoptan sobre la base de datos masivos de conductas singulares del pasado, a partir de las cuales se anticipan conductas futuras (pp. 555-560). Esta realidad de nuestras sociedades occidentales está modificando el Derecho penal y su dogmática, frente al modo de proceder en el Estado de Derecho liberal. En su opinión, en estas sociedades se trata de dar seguridad gracias a la certeza y simplificación de la realidad (p. 564), gracias a «saberlo todo» y ver las conductas futuras como meros ítems anticipables. Esto altera la autocomprensión del Derecho penal clásico. La autonomía individual es vista ahora como una mera cuestión de magnitudes y datos, expresión del miedo a la incertidumbre de la libertad (p. 566), y la desconfianza hacia las decisiones personales, para cifrarlo todo en las tecnologías («In Tech We Trust» dirá) y así el «no debes...» es reemplazado por el «te es imposible...» (p. 567). Las conductas futuras son mero producto técnico del cálculo sobre la base de datos masivos recopilados (p. 569). En consecuencia, los contenidos de la dogmática de la pena y el proceso (pp. 569-571) se ven alterados por dar preferencia a la anticipación de factores frente a la prevención de conductas. El Derecho penal del Estado de Derecho liberal, en cambio, cuenta con la motivación para evitar conductas, y con el riesgo de la infracción de las normas (p. 575); es más, cuenta con que pueda ponerse en duda el ordenamiento mismo, que es lo que se produce, sin ir más lejos, con la comisión de un delito (p. 576).

La amplitud de temas abordados en esta obra puede verse como una fortaleza, pero también como una debilidad. Al repasar sus contenidos, se extrae la impresión de que posiblemente haya primado la finalidad de dar entrada a los muy variados autores y sus temáticas de origen, antes que la construcción de una teoría –una narrativa, si se quiere– completa de los diversos ordenamientos normativos. Esto hace que haya aportaciones de temas muy variados, de los que algunos parecen afectar a la temática global solo de forma tangencial, mientras que otros buscan esforzadamente aportaciones claves sobre la sociedad y su normatividad. La mera selección de contribuciones que aquí se ha llevado a cabo incluye ya cierta variedad de contenidos, y se refiere solo a un número relativamente escaso de las que componen la obra colectiva. A pesar de todo, también en esa variedad se halla su virtud, pues esta colectánea es el producto tangible de un grupo de investigación interdisciplinario que tiene un objetivo, y que ha demostrado capacidad al menos de abordarlo.

Por lo demás, el proyecto intelectual de «Normative Ordnungen / Normative Orders» es reseñable por haber afrontado desde una perspectiva interdisciplinaria la cuestión de cómo se estructuran nuestras sociedades en términos normativos. La perspectiva me parece adecuada, por cuanto la normatividad no es un fenómeno exclusivo del Derecho, y menos todavía del Derecho penal, sino que posiblemente sea el producto –nunca acabado, sino siempre en proceso– de la confluencia e imbricación de distintas instancias sobre la conducta humana, de normatividad de diverso carácter (explícitas e implícitas, p. 9). Dar entrada y voz a expertos en filosofía práctica, junto a juristas, como también a sociólogos y teólogos, junto a etnólogos y teóricos de la comunicación, presupone una opción metodológica afortunada. No se trata de una opción arriesgada si se logra acotar los problemas desde diversos puntos de vista y con los presupuestos metodológicos respectivos. Teorizar sobre la norma y su legitimidad, sobre la acción y la responsabilidad, lo

mismo que sobre la sociedad y el Derecho penal y tantos otros temas, es algo que no puede afrontarse ya solo desde un saber particular prescindiendo de lo que vienen proponiendo muchos otros saberes. Entiendo que es aquí donde radica la virtud principal de esta obra y del grupo de investigación que la ha promovido. Se trata, al menos, de un ejemplo para el trabajo académico en los temas sobre los que nos ocupamos.

InDret
3.2022

Cristina García Arroyo, Los delitos de cohecho antecedente*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 603 páginas*

Roberto Cruz Palmera
Universidad Isabel I de Castilla
robertojose.cruz@ui1.es

-

El extenso volumen titulado *Los delitos de cohecho antecedente* se corresponde con la publicación de la tesis doctoral, defendida en la Universidad de Sevilla por Cristina García Arroyo, bajo la dirección de la profesora Dra. Elena Núñez Castaño.

Su autora aborda el estudio de una de las conductas más complejas descritas en la Parte Especial del Código Penal, el cohecho. No es esta su primera publicación en lo que respecta a dicho delito, dado que ya se conocían con anterioridad otros trabajos que explican algunos puntos que conectan con el fenómeno tratado en esta monografía («Sobre el bien jurídico en el delito de cohecho pasivo impropio del artículo 422 CP», 2017; «Algunos aspectos sobre el concepto penal de funcionario público tras la LO 1/2015», 2019; «Consideraciones sobre algunos problemas específicos de autoría y participación en los delitos de cohecho», 2020; *El delito de cohecho subsiguiente,* 2020; entre otros).

Este trabajo se estructura en seis amplios capítulos. En el Cap. I («El bien jurídico protegido en los delitos de cohecho»), García Arroyo nos presenta una revisión doctrinal respecto al concepto del bien jurídico en este delito. Expone con fluidez y se centra en las aportaciones de tres autores (Rodríguez Devesa, Casas Barquero y Mestre Delgado), plantea una crítica respecto a la aportación de cada uno de estos y al final del capítulo nos muestra su postura. Así pues, y si no la malinterpreto, apuesta por un concepto material de bien jurídico en el delito de cohecho y se decanta por el análisis de los distintos tipos penales a partir de una concepción monista personalista del bien jurídico. Para la autora, el bien jurídico en el delito de cohecho es el *correcto funcionamiento de la Administración pública,* pero desde una doble postura, esto es, interna y externa. Dicha concepción –a juicio de la autora– permite proteger de mejor manera las condiciones básicas para el ejercicio del sistema social y aspectos fundamentales en el ámbito del correcto funcionamiento del sistema social (p. 84).

En el Cap. II («Naturaleza jurídica y conductas típicas»), su autora nos presenta una revisión de los tipos plurisubjetivos. Igualmente, analiza la configuración del delito de cohecho como delito de encuentro. En esa sección del trabajo, destaca sobremanera el riguroso análisis de los comportamientos tipificados en la norma: todas las conductas se analizan y se detallan con notorio rigor. Una de las conclusiones a la que llega –refiriéndose a los preceptos contenidos en los arts. 419 ss. CP–, es que la estructura del cohecho debe contar con la intervención de una pluralidad de sujetos y ello abonaría su incuestionable carácter plurisubjetivo. Se consolida así, además, su configuración como delito de encuentro y de participación necesaria. Sin embargo, también resalta que algunos comportamientos tipificados cuentan con un carácter unilateral, siendo suficiente con determinar un comportamiento relevante en uno de los sujetos.

Otra de las conclusiones que presenta es la necesidad de construir un concepto de corrupción, pues solo una delimitación conceptual podría ayudar a la discriminación de acciones relevantes a la hora de determinar la tipicidad de las conductas referidas al fenómeno objeto de estudio. Una de las posiciones que sobresalen en esta parte del trabajo consiste en la afectación al bien jurídico protegido en el delito de cohecho. Para su autora, dicha afectación solo se produciría cuando la solicitud llegue al particular (con independencia de que se comprenda o no en el marco de la solicitud). En ese orden, afirma que el nexo de causalidad se determina entre la solicitud de la dádiva expresada por el funcionario con independencia de que esta se produzca, bastando por tanto el acuerdo (pp. 110-115).

En el Cap. III («Los sujetos de los delitos de cohecho»), nos presenta una exhaustiva revisión doctrinal al respecto. Se trata, en mi opinión, de una de las secciones más relevantes de esta obra. Analiza casi todas las particularidades referidas a los sujetos implicados en el cohecho. Destaca el concepto de funcionario público y su implicación terminológica de cara a la posibilidad de imputar dicha conducta. En sentido similar, resulta de gran interés la revisión que nos muestra sobre la intervención del particular en el delito de cohecho. Pero de mayor interés resulta aún su tesis sobre la atribución de la responsabilidad en el seno de un órgano colegiado. En relación con la noción de funcionario público (el sujeto que participa en la función pública ostentando algún título habilitante, esto es, mediante la disposición de la ley, por elección del sujeto, o por nombramiento de la autoridad competente...), apuesta por una noción que estriba en la constatación de dos elementos perfectamente diferenciados: *(a)* gestión efectiva de la función pública y *(b)* título habilitante. Ambos criterios –apunta su atora–, deben concurrir *cumulativamente* (pp. 236, 245).

En el Cap. IV («Objeto material del delito»), nos presenta una revisión pormenorizada sobre la dádiva y su idoneidad a efectos de imputación. En opinión de García Arroyo, el objeto material debe circunscribirse a una noción de «ventaja». Se trata, como se recoge en ese capítulo, de una donación a la que el servidor público no tiene derecho y supone una mejora de sus condiciones que pueden ser económicas, personales, materiales, inmateriales. En ese orden de asuntos, los vocablos *retribución, favor y dadiva* serán sinónimos aplicables al estudio del objeto material. Una de las principales conclusiones a las que llega en dicho apartado, consiste en esclarecer que esa ventaja (o esa dádiva) puede ser tanto material como inmaterial, tanto económica como de otra clase, pues lo que realmente importa, a su juicio, es la idoneidad que reviste la dádiva; dicho de otro modo, esta debe ser idónea para poder canalizar la conducta injusta en el funcionario. Por ello, no importa, a efectos prácticos, su contenido, sino su relevancia en lo que al cohecho respecta; esto es, la capacidad para motivar al margen del valor económico del objeto. En consecuencia, propone además un conjunto de criterios que nos ayuden a determinar la idoneidad de la dádiva a efectos de imputación; así: «son tres los criterios que deben tomarse en consideración a la hora determinar la idoneidad de la dádiva y la tipicidad o atipicidad de las conductas: el cuantitativo (la concreta cuantía o valor de la dádiva), el cualitativo (la pretensión perseguida por quien la entrega, esto es, la importancia del acto requerido), y el motivacional (la capacidad objetiva para motivar al funcionario público en el caso concreto), elemento este último que debe ponerse en directa relación con la categoría que ocupe el funcionario así como respecto del grado o tipo de relación entre particular y funcionario» (p. 558).

En el Cap. V («Tipo subjetivo en los delitos de cohecho»), encontramos uno de los aspectos más controvertidos sobre el estudio de delito de cohecho en el marco de la tipicidad subjetiva. En este apartado su autora revisa el contenido del dolo en estos delitos, los elementos subjetivos del injusto y el tratamiento penal del error sobre los elementos típicos. Sobre ello, sostiene que el

cohecho pasivo propio es un tipo mutilado de dos actos y se diferencia del cohecho activo en que este último se corresponde con un delito de resultado cortado, «ya que cuando el autor ejecuta la acción típica su intención se dirige a realizar otra actividad posterior que va a ser llevada a cabo por él mismo; efectivamente cuando el funcionario ejecuta la acción de *solicitar, aceptar* o *recibir* lo hace con la finalidad de llevar a cabo un segundo comportamiento, esto es, la realización del acto propio de su cargo o contrario a los deberes inherentes al mismo, situación que resulta predicable de los cohechos pasivos antecedente y subsiguientes» (p. 430).

En lo que respecta al dolo eventual, argumenta que la determinación de esa variante representaría una evidente manifestación de desinterés hacia la integridad del bien jurídico protegido por el Estado y, para ello, es necesario que el sujeto activo actúe con pleno conocimiento de la situación (pp. 436-443).

En el Cap. VI («Iter criminis y concursos»), desarrolla un estudio muy sugerente sobre la tentativa en el delito de cohecho. También sobre ciertos tópicos enfocados a los problemas concursales. Revisa igualmente varios temas afines con la continuidad delictiva en el cohecho, y finaliza con un examen sobre la relación entre el cohecho pasivo y otros delitos que afectan a la Administración pública. En el ámbito de la tentativa, sostiene que ese tipo incongruente es de dudosa legitimidad, dado que no representa la suficiente ofensividad al bien jurídico como para merecer una sanción penal; dicho de otro modo, afirma que la tentativa no representa la suficiente gravedad lesiva como para legitimar una sanción penal en el ámbito del delito de cohecho (pp. 494-502).

En el texto se contienen valoraciones originales y tomas de posturas novedosas en lo que respecta al delito de cohecho; en concreto, sobre el bien jurídico protegido, los comportamientos típicos, el concepto de funcionario, el objeto material del delito, los criterios para determinar la idoneidad de la dádiva, el dolo en el delito de cohecho, entre otros muchos. No obstante, en primer lugar, llama la atención que en un trabajo como este no se recoja una propuesta de solución al problema planteado. Comparto que la corrupción quiebra la confianza de la ciudadanía en las instituciones públicas y con esta ruptura se aprecia un declive de los valores esenciales que sostienen al Estado de Derecho. Su posición al respecto es plausible y casi indiscutible; pero, contra lo que cabría esperar, no se recoge una propuesta puntual y específica que nos lleve a una solución para el problema trazado en su investigación. En tal sentido, el lector echa en falta una sección constructiva, esto es, una parte del trabajo que *complemente* la sección crítica de la obra. Bien es cierto que en la introducción de su monografía se advierten algunas posibilidades –específicamente se menciona la necesidad de establecer sistemas de prevención dentro de la corrupción–, pero esa propuesta no llega a plasmarse de manera específica en su trabajo. Concretamente, expresa: «la realidad es que establecer sistemas de prevención, control e investigación dentro de la propia Administración pública pudiera ser la mejor manera de prevenir este tipo de conductas, apostando por una Administración pública informatizada y sin papel, en la que quede registro y constancia de todo lo que hace cada uno de los encargados de la función pública dejando la intervención penal solo para aquellos supuestos que supongan una grave afección del bien jurídico protegido» (pp. 33-34). La concreción de dicha propuesta, orientada a la prevención de conductas tanto asociadas como relativas al cohecho, hubiese dotado de mayor relevancia a este trabajo.

En segundo lugar, en cuanto a su valoración sobre la tentativa en el delito de cohecho, suele afirmarse y parecería de común acuerdo que en los delitos de mera actividad no se admite la tentativa. A tal valoración parece aproximarse la autora. A su juicio: «Si ya resulta criticable

sancionar lo que en realidad es una tentativa de delito (solicitar u ofrecer) como si fuera delito consumado, equiparándolo a los comportamientos que conllevan una efectiva afección al bien jurídico, todavía lo sería más sancionar comportamientos que constituirían en teoría la tentativa de una tentativa (la solicitud u ofrecimiento que no llega a conocimiento del destinatario) por cuanto el alejamiento de estos comportamientos respecto de una potencial afección del bien jurídico protegido no puede compaginarse con el peligro para el mismo que exige la tentativa» (p. 500). Desde mi punto de vista, cabe precisar que estructuralmente nada impediría que se diera la tentativa, como también lo afirma la autora. Sin embargo, entiendo que nuestros planteamientos sobre la tentativa difieren en cuanto a una valoración como delito completo. Asumo la tentativa como delito por excelencia, esto es, un comportamiento que representa un desvalor en la conducta del sujeto. Por todo ello, la sanción de la tentativa como delito dependerá –cuanto menos– de la determinación de un comportamiento portador de un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico protegido. En ese sentido, entiendo que toda conducta incapaz de afectar a las relaciones de la comunidad debería ser valorada como irrelevante a efectos de imputación, pues el Derecho penal no centra su análisis en comportamientos con insignificantes modificaciones en términos fenoménicos, sino en formas de comunicación social, de ahí que las conductas no serán relevantes por su componente intrínseco; sino por su capacidad comunicativa en términos racionales.

Más en concreto, sobre la tentativa, cabe recordar su posición: «El delito de cohecho es un delito de mera actividad por lo que basta con la realización del comportamiento descrito en el tipo para que el delito se encuentre consumado [...] no queda margen para las formas imperfectas de ejecución, salvo el caso en el que, aunque el funcionario solicite, esta solicitud no llegase al destinatario, que podría entenderse como un supuesto de tentativa» (p. 563). Entiendo que la posición de una respuesta negativa o positiva en cuanto a la admisión o inadmisión de la tentativa en algún precepto de la Parte Especial debería edificarse con arreglo a una noción material y prejurídica de consumación, en torno a la cual se originarían las categorías de preparación y ejecución. En ese marco, entiendo que un delito está consumado cuando el autor despliegue, por completo, la conducta señalada en el respectivo tipo, y será una tentativa si comienza a ejecutar esa conducta, pero sin desarrollarla por completo. Con todo, desde una noción valorativa, un delito es consumado cuando el legislador penal decide castigar la perfecta elaboración de la conducta descrita en el respectivo tipo legal, sin importar que esta suponga (o no) una efectiva lesión del bien jurídico protegido. En estas condiciones, asumo que no puede predicarse de manera general que, si las conductas de índole preparatoria son impunes, también deberían serlo las tentativas de los delitos de mera actividad como afirma la autora.

Más allá de lo anterior, con mi opinión ni pretendo ni puedo restar mérito alguno al trabajo elaborado por la profesora Cristina García Arroyo, quien de forma valiente afronta una investigación cargada de temas muy polémicos en nuestro ámbito de estudio.

InDret
3.2022

Guillermo Yacobucci, (In)Exigbilidad y pena. El problema de la sanción penal en situaciones dilemáticas*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2021, 332 páginas*

Germán Alegre
Universidad Católica de la Plata
german.alegre@ucalp.edu.ar

-

Los seres humanos podemos vernos enfrentados a dilemas: un médico en el marco de una catástrofe que debe elegir a quién destina los escasos recursos de atención intensiva de los que dispone; un operario de una fábrica que, ante la expresa amenaza de perder su empleo, acepta realizar una tarea que sabe altamente peligrosa; el ciudadano que, en el *dilema del tranvía*, puede accionar el mecanismo que desvíe el tren para que muera uno en lugar de cinco. Frente a esas disyuntivas tomaremos decisiones inclinándonos por alguna de las alternativas; corresponderá luego al Derecho penal formular un juicio de valor acerca de esas decisiones y comportamientos y analizar la eventual necesidad de la aplicación de una pena en esas especiales circunstancias. En ese apasionante terreno se mueve la obra objeto de recensión.

(In)exigibilidad y pena, el problema de la sanción penal en situaciones dilemáticas, lleva el inconfundible sello de su autor. Siendo una obra que anuncia desde su título ocuparse de una cuestión ciertamente específica, acaba en verdad erigiéndose en un *aleph* que permite observar desde allí todo el Derecho penal, desde las bases.

Guillermo YACOBUCCI es capaz de reunir en una misma obra las virtudes del filósofo del Derecho, del dogmático y del magistrado, lo que le permite dar forma a un texto que interroga –y da respuestas– en cada una de esas instancias. Ningún lector se sentirá excluido. Quien se pregunte sobre la legitimación del castigo encontrará un posicionamiento claro, con el plus para el debate que supone la consideración de la punibilidad en situaciones límite. Quien se interese por el pulcro funcionamiento de los dispositivos dogmáticos, encontrará un texto inapelable que en ningún momento perderá contacto con los fundamentos materiales. Finalmente, quien esté buscando resolver problemas de inexigibilidad, hallará un inventario de casos y estándares posibles para la solución de situaciones en contextos de necesidad o fuerte condicionamiento. La obra se enmarca en el contexto de un especial interés que YACOBUCCI ha venido demostrando en los últimos años en relación a la culpabilidad. Muestra de ello es que eligiera como tema «La cuestión de la culpabilidad en la ciencia penal actual» para pronunciar su discurso de asunción como Académico Titular en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en el año 2018.

El concepto de exigibilidad tal como se presenta en esta obra, resulta ser un criterio que permite ponderar la legitimación de una sanción penal, tanto en cuanto a su aplicación (o no) como en cuanto a su extensión; y es la inexigibilidad la razón de ser común a ciertas causales de inculpabilidad, excusas absolutorias y decisiones de no punibilidad.

El libro consta de 19 capítulos, agrupados en tres partes. En la primera y más voluminosa con 14 capítulos («La exigibilidad en la estructura de la responsabilidad»), el autor se ocupa de dar cuenta de las exigencias derivadas del principio de culpabilidad (pp. 7-14), y ofrece un recorrido por los autores que va desde los enfoques psicologistas hasta los normativos de la culpabilidad (pp. 16-27), en el que van despuntando algunas ideas importantes para el desarrollo ulterior del texto: la consideración de la normalidad de los escenarios de actuación o de la motivación anormal en general; y la caracterización de la exigibilidad como un *deber* que presupone siempre un *poder*. Valiéndose de estos conceptos, el autor distingue situaciones de evitabilidad y de exigibilidad. En la evitabilidad se analizan cuestiones vinculadas a la *dominabilidad* de los acontecimientos, que impactan sobre la existencia o no de comportamiento. La exigibilidad, por su parte, hace referencia a la libertad ya no en términos de voluntariedad, sino como libertad de elección. Aun mediando actos voluntarios del sujeto, pueden operar en él fuerzas de naturaleza moral (miedos, amenazas, coacciones) que afecten su motivación e incidan en sus decisiones y en el juicio normativo de exigibilidad.

Tras señalar que no existen derechos eficaces sin deberes correlativos, el autor sostiene la necesidad de que el orden de libertades garantice tanto la autonomía de los individuos como las mínimas exigencias de solidaridad propias de una vida en común. El juego entre la obligación de no dañar a otros y estas exigencias de solidaridad, da lugar a deberes positivos y negativos que reconocen como fundamento el deber de fidelidad al Derecho. A las personas de determinada edad y *psicosomáticamente normales* se les reconoce la capacidad de *poder* ser alcanzadas por la función de motivación de las normas; superada esa etapa, se ingresa en la consideración del *deber* de fidelidad al Derecho. Los comportamientos exigibles serán pues aquellos que puedan legítimamente reclamarse a las personas bajo amenaza de pena, teniendo en cuenta necesidades preventivas y criterios humanitarios.

Se trata, en definitiva, del análisis de especiales situaciones en las que las circunstancias dificultan (o impiden) el cumplimiento de los deberes legales, y eso acaba por deslegitimar el castigo. Se ponderan situaciones dilemáticas que devienen en la lesión de intereses jurídicamente protegidos con la finalidad de preservar los propios u otros que, en la situación concreta, se priorizaron aun cuando resultaban de igual o menor valor que los sacrificados. La categoría de la inexigibilidad conduce a una mirada transversal de la teoría del delito, ya que se vale de *marcadores* presentes en diferentes instancias. Se ocupa de situaciones en las que se verifican una suerte de supuestos incompletos de ausencia de comportamiento, justificación, inimputabilidad e inculpabilidad, lo que impone una cuidadosa tarea de delimitación.

Tras precisar el concepto de *necesidad*, el autor diferencia las situaciones en que esa necesidad da lugar a la justificación de aquellas otras en las que deviene en exculpación, atendiendo a si el agente –en el marco de la situación de necesidad– salvaguardó el interés que el orden jurídico prioriza (justificación) o, si privilegió su propio interés en perjuicio del jurídicamente preferente (exculpación). Esta distinción resulta de gran relevancia no solo a la hora de evaluar el comportamiento de terceros que pudieran intervenir en auxilio del *necesitado* o respecto de las situaciones de posible error, sino también al tiempo de señalar la existencia o no de un deber de tolerancia por parte de aquel que sufre la injerencia en su ámbito. En el orden de la justificación se analizan el estado de necesidad agresivo y defensivo (pp. 102-114), dando cuenta no solo de sus diferencias y condiciones de procedencia, sino también de las razones que fundamentan cada institución, así como de los deberes de tolerancia derivados. En una situación que generalmente da lugar a justificación, pero que en casos especiales puede derivar en una exculpación, se analiza

la situación del estado de necesidad coactivo en el que el agente recibe graves amenazas de sufrir un mal grave él mismo o un tercero, con la finalidad de orientarlo a la comisión de un delito.

Teniendo en cuenta que frente a los casos de inexigibilidad, la distinción entre situaciones de justificación y de inculpabilidad puede resultar problemática, el autor muestra algunas perspectivas que la dogmática penal ha ofrecido para esclarecer este punto (pp. 134-141): 1) considerar la inexigibilidad como una categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad; o 2) considerar las dilemáticas situaciones que dan lugar a la inexigibilidad como un *ámbito libre de Derecho* en el que los particulares recuperarían la posibilidad de obrar orientados exclusivamente por su propia conciencia. Por fuera de estas opciones, el autor se inclina por una ubicación sistemática de la inexigibilidad dentro de las relaciones entre reprochabilidad y punibilidad. En la inexigibilidad, ni el injusto ni la culpabilidad (aunque disminuidos) quedan completamente neutralizados, sino que se verifica –en todo caso– una alteración en la relación de la culpabilidad con la pena que opera bloqueando el progreso de la punibilidad.

Señala el autor que el inventario de bienes que integran el juicio de inexigibilidad es ciertamente más reducido que el que da lugar a causas de justificación. Solo la salvaguarda de la vida –de manera indiscutible– y, matizadamente, la integridad corporal y libertad, pueden dar lugar a la no punibilidad por inexigibilidad. Partiendo de allí se consideran cinco situaciones de necesidad no justificante (pp. 161-173): 1) dilema de la supervivencia, en el que se distingue la comunidad de peligro *simétrica* (la tabla de Carnéades) de la *asimétrica* (en la que uno de los individuos en pugna no tiene perspectiva de supervivencia); 2) situación en la que un tercero, no alcanzado por el riesgo, tiene que definir el dilema acerca de quién sobrevivirá (dilema del tranvía), distinguiendo aquí si el tercero posee solo el estatus general de ciudadano o, por el contrario, está alcanzado por algún deber especial; 3) casos en los que el tercero que debe resolver la disputa de convivencia entre otros, posee un deber específico de actuar pero se encuentra limitado por la escasez de los recursos para atender todas las demandas (atención médica en catástrofes); 4) hipótesis en las que un tercero, no expuesto a riesgo personal, está en posición de aniquilar un grupo de personas y opta por eliminar solo a algunas para salvar a las demás (caso de los psiquiatras del III Reich); y 5) supuestos en los que el individuo es coaccionado para eliminar la vida de otros mediante la amenaza de perder la suya dentro del marco de estructuras organizadas (caso *Erdemovic*).

El siguiente grupo de casos es aquel en el que el comportamiento del agente resulta condicionado por miedo. Tras una introducción desde la filosofía moral, con especial referencia a ARISTÓTELES (pp. 175-183), el autor concluye que el miedo es un condicionante de la voluntariedad de obrar que, al no quedar por completo anulada, debe distinguirse tanto de la fuerza física irresistible como de las situaciones que afectan la capacidad de comprensión. Convencido de que la ubicación sistemática del *miedo insuperable* dentro de la inexigibilidad es la más apropiada, advierte acerca de la necesidad de atender a las características de cada ordenamiento jurídico en su regulación. La inexigibilidad en estos casos no se funda solamente en la verificación del *miedo* como dato psíquico, sino, fundamentalmente, en una valoración de la situación en la que el agente obró. Quien actúa por miedo no denota hostilidad al Derecho, sino que expresa un intento de eludir una consecuencia lesiva que se cierne sobre él. A modo de orientación, se da cuenta de los requisitos de procedencia del miedo insuperable en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Luego se examinan las particularidades en el Derecho penal argentino en el que el miedo insuperable queda comprendido dentro de la fórmula legal que remite al *que obrare bajo amenazas de sufrir un mal grave e inminente*. Para finalizar la primera parte, el autor trata dos

casos especiales de posible inexigibilidad: el de la amenaza de pérdida laboral y el de la coacción terrorista.

En la segunda parte del libro, «La cuestión en el criminal law» (pp. 239-266), se diferencian situaciones de justificación (en las que la persona acepta su responsabilidad, pero niega haber obrado mal) de los casos de excusa (en los que la persona reconoce haber actuado mal, pero niega su responsabilidad). Las diferencias entre ellas, dadas las características de esta tradición jurídica que, por lo general, evita multiplicar las instancias de análisis, pueden tornarse algo imprecisas al punto que hay quienes proponen tratar en el mismo nivel ambos tipos de *defenses*. Se analiza la jurisprudencia de la Suprema Corte de EE.UU concluyendo que, en ella, no existe un reconocimiento expreso de la *necessity* como *defense*. En lo que hace a la cuestión de la coacción (*duress per minas*) en el Derecho norteamericano, se muestra que algunos casos pueden ser tratados como supuestos de justificación y otros, en los que se da una afectación *subjective or psycological*, como casos de excusa. Para finalizar el autor analiza las particularidades de estas defensas en el marco del *English Criminal Law*, incluyendo también el interesante caso de quien se dice coaccionado por la organización criminal en la que participa.

La tercera y última parte de la obra (pp. 269-320), «Exigibilidad y punibilidad», recupera ideas de capítulos anteriores, poniendo el foco en la cuestión de la punibilidad. Desde allí se sostiene que solo en los casos límite las cuestiones de exigibilidad devienen en una completa deslegitimación de la pena, siendo más frecuentes las situaciones en las que –descartada la inexigibilidad plena– el impacto se produce en el ámbito de la graduación de la pena. Particularmente interesante en este punto resulta el análisis de las situaciones en las que personas en situación de vulnerabilidad o exclusión cometen delitos que lesionan bienes jurídicos de terceros. YACOBUCCI identifica una serie de *marcadores* que permiten ponderar en qué casos la infracción a las normas de comportamiento por parte del que padece exclusión puede ser considerada sin respuesta punitiva. Esos *marcadores* comprenden: la naturaleza del delito, el grado de lesión de la víctima, los condicionamientos del agente, su propia competencia en esos condicionamientos, la inevitabilidad del escenario, la actividad estatal desplegada en el caso y las posibles consecuencias comunitarias. Se deja en claro, no obstante, que no puede excepcionarse el castigo cuando los delitos cometidos por excluidos afecten significativamente derechos fundamentales. Para finalizar, el autor se refiere a la problemática de escenarios que, adecuados a un tipo de injusto, revelan un menor grado de exigibilidad (sin anularla) que torna inadmisible la aplicación de las consecuencias legales que, en la generalidad de casos, resultan adecuadas. El autor echa mano para estos casos a la noción de equidad en términos aristotélicos (como rectificación de la justicia legal) para remediar aquellas situaciones, lo que puede plasmarse, por ejemplo, en penas por debajo del mínimo legal o de ejecución condicional aun cuando no medien los requisitos de procedencia.

Al finalizar el libro el lector se queda, afortunadamente, con ganas de *más*. En especial con ganas de continuar discutiendo casos con YACOBUCCI. En un plano filosófico nos ha dejado pensando la mención que el autor hace, en relación al dilema del tranvía, a una cierta perspectiva determinista al sostener que –al no existir un deber de intervención por parte del tercero– el desenlace es determinado por el destino. Nos planteamos si esa perspectiva no puede terminar, en ciertos casos, conduciendo a un debilitamiento de deberes positivos en casos límite. Imaginemos: un paciente que presenta un cuadro grave (pero con ciertas posibilidades de sobrevida) que podría ser operado, teniendo la operación posibilidades de ulteriores complicaciones; o un bañista que se debate en una situación en la que podría ahogarse (pero que todavía intenta nadar y podría salvarse) y al que se puede ayudar (presumimos que con mejores

chances) pero trayéndolo con una cuerda hacia una zona de piedras contra las que podría golpearse. El argumento del destino, ¿no podría desalentar el cumplimiento de deberes especiales o mandatos de solidaridad, refugiándonos en la mayor seguridad de la pauta de no intervención?

De otro lado y en relación a los planteos vinculados a las situaciones de *exclusión*, existen una serie de casos potencialmente vinculados a ellas, algunos de ellos mencionados por SILVA SÁNCHEZ (Malum passionis. *Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, p. 89), sobre los que sería interesante conocer la opinión del autor, especialmente teniendo en cuenta que está escribiendo desde América Latina, lugar en el que –situaciones de ese tipo– resultan tristemente frecuentes. Me refiero a: 1) delitos contra la propiedad sin mayor despliegue de violencia; 2) ocupación de tierras por personas sin vivienda; 3) cortes de vías de circulación o de servicios públicos para reclamar por reivindicaciones vinculadas a la situación de exclusión: 4) *mulas* y vendedores al menudeo de estupefacientes (en ocasiones también ellos mismos adictos); 5) delitos (que no afecten la vida o la integridad) cometidos dentro de ciertas instituciones penitenciarias en las que las condiciones de vida resultan en ocasiones rayanas con un *estado de cosas inconstitucional*.

Como se verá no hemos permanecido indiferentes a la lectura de esta obra, que no solo logra presentarnos con claridad el posicionamiento y las propuestas del autor, sino que, también, nos ha invitado a seguir pensando.

InDret
3.2022

Ignacio González Sánchez*
Universitat de Girona

Recensión a: Gasear, mutilar, someter. La política de las armas no letales.

Paul Rocher, Katakrak Liburuak, 2021, 172 páginas

-

El libro de Paul ROCHER aborda un tema fundamental para la criminología (y para cualquier ciencia social que estudia el Estado y su uso de la violencia): el uso de armas por parte de la Policía durante las manifestaciones. Este es un aspecto poco tratado por la criminología (no sólo la española), si bien en los últimos años se ha comenzado a investigar un tema que tradicionalmente recae casi exclusivamente bajo el interés de las politólogas y sociólogas interesadas en los movimientos sociales[1]. Este libro no se basa en el relato legal de lo que es una manifestación, y se aleja de los discursos oficiales sobre cómo gestiona la Policía el ejercicio de uno de los derechos fundamentales más importantes en una democracia. Este libro no describe los usos autorizados de la violencia policial, sino que investiga los usos reales de las armas a través de la emergencia histórica, las características de las armas y el uso que hacen de ellas los antidisturbios. Aunque se describirá el contenido del libro más detalladamente, se pueden adelantar dos conclusiones: no es correcto llamarlas "armas no letales" y, de hecho, hacerlo fomenta que la Policía las use con más frecuencia.

El primer capítulo indaga en el surgimiento histórico de estas armas. Muestra que su origen está en la gestión colonial y cómo los países imperialistas las desarrollaron, en un principio, para someter al "otro", a quienes no eran considerados ciudadanos de pleno derecho. Su posterior uso en Europa va de la mano de la expansión de los medios de comunicación y la proliferación de imágenes que mostraban la realidad de las manifestaciones entre las décadas de los 50 y los 70. Así, en el libro se argumenta que la proliferación de este tipo de armas (como ha pasado históricamente con varios de los principales castigos estatales), no se debe a razones éticas o humanitarias, sino a una mayor eficiencia en el control de la población. Este cambio a armas que, provocando lesiones, no conllevan derramamiento visible de sangre fue acompañado de una transformación en el uso del lenguaje con el que se describen las actuaciones policiales y los efectos de las armas, que ahora pasaban sólo a usar "balas de goma" para "neutralizar" con fines "incapacitantes".

El capítulo siguiente ofrece un detallado análisis de las distintas armas que utiliza la policía francesa (porra, cañón de agua, balas de goma y de plástico, granada de dispersión, granada híbrida, táser, gas lacrimógeno, cañón de sonido). Este aspecto del libro es particularmente interesante, pues se muestra que las armas "no letales" pueden, efectivamente, ser letales. Lo que las hace no letales es el uso que se haga de ellas. Habitualmente los estados no tienen mucho interés en comprobar fehacientemente su baja lesividad, sino que suelen remitir a las instrucciones de los fabricantes (y que, como señala bien ROCHER, constituyen al mismo tiempo el argumento de venta de estas armas). La clave, y esta es una de las ideas

* Profesor lector Serra Húnter. Contacto: nacho.gonzalez@udg.edu

[1] DELLA PORTA/REITER, (eds.), *Policing the protest*, 1998; DAVENPORT/JOHNSTON/MUELLER, *Repression and mobilization*, 2005. Más recientemente y con un enfoque más centrado en los procesos de criminalización, ver CALVO/PORTOS, «Securitization, repression and the criminalization of young people's dissent». *Revista Internacional de Sociología*, 77(4), 2019; MAROTO/GONZÁLEZ/BRANDARIZ, «Policing the protest cycle of the 2010s», *Social Justice*, 46, 2020.

fundamentales del libro, es que las condiciones de uso que dan garantías de que estas armas van a ser efectivamente no letales no se dan en las manifestaciones. Es imposible garantizar su uso seguro en una situación de manifestación. Cuando la Policía comienza a disparar, nadie se queda quieto. La Policía generalmente dispara contra una multitud. Las balas rebotan. Uno lee los requisitos para un disparo "seguro" y en la última situación en la que piensa es en unos disturbios o en situaciones que, por definición, son multitudinarias.

Además, y aquí está la otra idea fundamental del libro, las armas moldean el comportamiento policial. Lógicamente, un policía no tiene el mismo reparo en usar una pistola con munición habitual que una escopeta que dispara balas "de goma". En este punto Rocher aporta los siempre mejorables datos oficiales sobre el uso de munición y la conclusión es clara: la Policía cada vez dispara más[2]. El umbral de estrés a partir del cual un agente dispara, o un mando ordena disparar, ha bajado. Al percibirse un riesgo bajo en el uso de las armas, la decisión de abrir fuego es más fácil. Así, y al igual que ha pasado tradicionalmente con el uso de medidas penales alternativas[3], la introducción de armas no letales no ha significado que donde antes se usaban armas letales ahora se usen unas más seguras, sino que las armas no letales han venido a sustituir una gestión de la tensión inherente a las manifestaciones a través del diálogo y la mediación. Se usan más armas y se dispara más (no se usan lo mismo que antes pero con mayor seguridad). Esto, por supuesto, no quiere decir que antiguamente la policía antidisturbios fuese principalmente dialogante, y mucho menos leyendo el libro desde España, con una historia menos democrática que el país vecino[4].

Por otro lado, se recuerda que conocer las instrucciones de uso de estas armas no garantiza un buen uso de las mismas. En Francia, y en esto sí es similar a España, la rendición de cuentas sobre los "usos no autorizados" es más bien anecdótica. Primero, por la dificultad de denunciar a un agente concreto, que suelen ir con los números de identificación cubiertos (sin entrar en si su diseño y extensión permiten que una persona que está siendo agredida pueda leerlo y retenerlo, o que se puedan ver desde la distancia cuando comienzan a disparar). Segundo, por los pocos esfuerzos institucionales que se realizan en la investigación de los hechos (tanto por la propia Policía como por muchos Juzgados de Instrucción). En tercer lugar, además, se señala que incluso cuando se llega problematizar estas situaciones, se culpabiliza o al manifestante o a un agente de policía concreto, pero las armas en sí casi nunca aparecen cuestionadas. En todo caso, una cuestión de fondo en la justificación del uso de este armamento tiene que ver con que se produzca una alteración del orden público, algo que contribuye a definir la propia policía, precisamente, mediante el uso de estar armas. Esto no es baladí, ya que la policía antidisturbios, por la propia inmediatez del ejercicio de las manifestaciones, decide cuándo poner fin al ejercicio de un derecho fundamental de reunión y manifestación que expresa una protesta legítima contra el Gobierno, siendo así juez y parte[5].

Ante esta situación de un mayor uso de violencia por parte de la Policía durante las manifestaciones y, cuanto menos, la impunidad percibida por los manifestantes, el cuarto capítulo se dedica a las estrategias

[2] Este es un importante correctivo a trabajos que puedan dar por hecho un descenso en el uso de la violencia física de la policía durante las manifestaciones (p. ej., GONZÁLEZ SÁNCHEZ, «Symbolic violence and the penalization of the protest», *Revista Internacional de Sociología,* 77(4), 2019).
[3] COHEN, «The Punitive City. Notes on the Dispersal of Social Control», *Contemporary Crises*, 314, 1979, pp. 339 ss.
[4] Sobre los modelos de intervención policial en las manifestaciones, ver BLAY GIL, «El control policial de las protestas en España», *InDret*, 4, 2013.
[5] GÓNZALEZ SÁNCHEZ, «Sobre la violencia en las manifestaciones», *Metropolice*, 2021.

de autodefensa que han venido desarrollando quienes asisten a manifestaciones en Francia. Así, se ha convertido en habitual ver a los ciudadanos llegar a ejercer el derecho a la protesta ataviados con cascos, máscaras de gas, espinilleras o escudos, adaptándose a las estrategias policiales. Así mismo, ha cobrado una enorme importancia la documentación de las lesiones. Precisamente porque las armas contemporáneas provocan lesiones menos visibles, o que incluso se manifiestan horas después de la manifestación, cada vez hay mayor preocupación por registrar los efectos de estas armas no letales y su uso. La idea es poder generar un discurso que ponga en entredicho el oficial, que describe en términos asépticos la violencia ejercida contra la ciudadanía. Además, también se han desarrollado campañas que buscan politizar la existencia de heridos. En España la campaña más conocida es la de "Stop balas de goma", que ha contado con personas a las que les mutilaron un ojo para denunciar que el discurso político y policial sobre las armas letales como armas inofensivas no se ajusta a la realidad. Probablemente el caso que más atención recibió, y movilización generó, fue la muerte de Íñigo Cabacas por un disparo con pelotas de goma en 2012 en torno a la celebración de un partido de fútbol. Este caso sirvió para que se prohibiese el uso de estos proyectiles por la Ertaintza, si bien la investigación se cerró sin autor material del disparo, con quejas por la obstrucción policial durante la investigación y el ingreso en prisión del mando policial responsable del operativo, condenado a dos años, ha sido suspendido por la Audiencia Provincial. Otros casos han llevado a que el Parlament de Catalunya prohibiese el uso de las pelotas de goma (si bien al día siguiente los Mossos d'Esquadra comenzaron a usar las balas foam, que son primas hermanas).

El quinto capítulo el autor lo dedica a denunciar el negocio existente en torno a la compra-venta de estas armas en Francia, aportando algunos datos cuantitativos e identificando a algunas de estas empresas. También, aunque no relacionado con ello, el autor señala que la policía francesa, además de usar cada vez más las armas no letales, ha incrementado el recurso a las armas jurídicas. Ha aumentado considerablemente el número de denuncias que los policías interponen contra los manifestantes y señala que muchas veces estas denuncias sirven para anticiparse a una posible denuncia contra los policías que, presuntamente, se han "excedido en el uso de la fuerza". Este punto también resuena especialmente en España, donde, sobre todo desde la aprobación de la reforma de la Ley de Seguridad ciudadana de 2015, el número de denuncias por desobediencia, resistencia y falta de respeto a la autoridad ha venido creciendo constantemente, siendo decenas de miles las sanciones impuestas desde su aprobación (y siendo más que esporádica la denuncia a fotoperiodistas acreditados cuando se producen disturbios en los que carga la Policía). Ya se ha señalado reiteradamente que esta ley introduce mayor poder y discrecionalidad para la policía. Es interesante ver que, por otro lado, ante la anunciada reforma de esta ley (inicialmente "derogación"), más de cuarenta asociaciones de policías convocaron una manifestación (y no la ciudadanía a quien el nombre de esa ley dice dar seguridad).

La lectura teórica más amplia del libro, con la que concluye, recurre a autores como POULANTZAS, GRAMSCI y AGAMBEN para problematizar la construcción de hegemonía a través de un permanente estado de excepción. Más allá de lo acuerdo o no que se pueda estar con los conceptos y autores específicos, la conclusión explicativa para esta escalada en la violencia estatal en la gestión de las manifestaciones en democracia aparece vinculada a una crisis de legitimidad del Estado francés dentro de un contexto de auge del neoliberalismo y del estatismo autoritario que, me temo, no es exclusivo del caso francés. No está de más recordar que el libro no trata sobre las manifestaciones en toda su complejidad, dinamismo y ambivalencia, sino sobre el uso policial de estas armas. Tampoco parece concebir que haya manifestantes

que usen violencia contra la Policía (ni siquiera como respuesta a la violencia policial o por convicción política).

En definitiva, se trata de un libro muy estimulante sobre un tema poco tratado en ciencias sociales. A mi parecer, su mayor mérito es obligarnos a pensar sobre el uso de la violencia estatal, generalmente poco percibida, tanto por ser estatal como por el lenguaje con el que se la describe. Es particularmente original centrar el análisis en las propias armas, y ver qué nos pueden decir sobre la actuación policial. La Policía usa las armas, pero se puede jugar con las palabras y decir también que hasta cierto punto las armas utilizan a la Policía. Para mi gusto, el libro podría ganar algo de rigor con un mayor recurso a fuentes académicas y menor a fuentes periodísticas. Tampoco creo que se pueda culpar de ello sólo al autor, habida cuenta de la escasez de investigaciones que realizamos desde la academia sobre este tema, y la poca disponibilidad de datos sobre el uso de estas armas y la propia actuación policial en las manifestaciones. Si ya se ha señalado reiteradamente que la Policía es una institución opaca, la Policía antidisturbios lo es aún más, a pesar de trabajar casi siempre en el espacio público y a la vista de todos. Esta aparente contradicción es tratada por el autor y el uso de armas que utilizadas bajo condiciones muy precisas pueden ser no letales (y que usadas bajo otras condiciones pueden ser letales), así como el lenguaje para referirnos a esta violencia, son dos de los ejemplos que trata brillantemente este libro.

Bibliografía

BLAY GIL, Ester, «El control policial de las protestas en España», *InDret*, 4, 2013.

CALVO, Kerman/PORTOS, Martín (eds.), «Securitization, repression and the criminalization of young people's dissent», *Revista Internacional de Sociología,* 77(4), 2019.

COHEN, Stanley, «The Punitive City. Notes on the Dispersal of Social Control», *Contemporary Crises,* 314, 1979, pp. 339 ss.

DAVENPORT, Christian/JOHNSTON, Hank/ MUELLER, Carol (eds.), *Repression and mobilization*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2005.

DELLA PORTA, Donatella/ REITER, Herbert (eds.), *Policing the protest*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1998.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Ignacio, «Symbolic violence and the penalization of the protest», *Revista Internacional de Sociología,* 77(4), 2019, e138.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Ignacio, «Sobre la violencia en las manifestaciones», *Metropolice*, 2021. Disponible en línea: https://www.elsaltodiario.com/metropolice/sobre-violencia-manifestaciones

MAROTO, Manuel/GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Ignacio/BRANDARIZ José A., «Policing the protest cycle of the 2010s», *Social Justice,* 46, 2020, (2/3).